Unmöglichkeit und Verzug bei Unterlassungspflichten.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

eingereicht und mit Genehmigung derselben veröffentlicht von

Heinrich Pagenkemper

Kammergerichtsreferendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1905.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

1. Berichterstatter: Professor Dr. Leonhard.

2. Berichterstatter: Professor Dr. Fischer.

Fischer, Prodekan.

Meinen Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Literatur VII

§ 1. Vorbemerkung 1

Erster Abschnitt.

Die Unterlassungspflicht im allgemeinen.

§ 2. Der Inhalt der Unterlassungsverpflichtung 3

§ 3. Die Verletzung einer Unterlassenspflicht. — Zuwiderhandlung 5

§ 4. Begründung von Unterlassungspflichten 6

Zweiter Abschnitt.

Die Unterlassungsverpflichtung als Inhalt eines Schuldverhältnisses.

§ 5. Der Inhalt eines Schuldverhältnisses überhaupt. — Die Leistung 9

§ 6. Negativer Inhalt eines Schuldverhältnisses 11

§ 7. Die Unterlassung als „Leistung" 12

§ 8. Würdigung des Begriffs der „Unterlassensleistung" . . . 15

§ 9. Fortsetzung 22

Dritter Abschnitt.

Unmöglichkeit bei Unterlassungsverpflichtungen.

§ 10. Die Unmöglichkeit der Leistung im allgemeinen 25

§ 11. Die Unmöglichkeit bei der Unterlassensverpflichtung . . . 27

§ 12. Unmöglichkeit und Unvermögen 32

§ 13. Unvermögen bei Unterlassungsverpflichtungen 35

§ 14. Die ursprüngliche und die nachträglich eintretende Unmöglichkeit 38
§ 15. Die vom Schuldner zu vertretende und die von ihm nicht zu vertretende Unmöglichkeit 41
§ 16. Die totale und die teilweise Unmöglichkeit 48

Vierter Abschnitt.

§ 17. Verzug bei Unterlassensverpflichtungen 58
§ 18. Ergebnis 60

Literaturverzeichnis.

Biermann in der Zeitschrift für die civil. Praxis Bd. 91 (1901) S. 73.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des B.G.B. 3. Aufl. 1900.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. Bd. 2. 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2 Abteilg. 1 1899.

Eck, Vorträge über das Recht des B.G.B. Herausg. v. R. Leonhard. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. 1903.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 20 (1877).

Fischer, Otto, Recht und Rechtsschutz in „Beiträge zur Erläuterung des B.G.B." Heft 6. Berlin 1889.

Hartmann, Die Obligation. Erlangen 1875.

Hasenöhrl, Österreichisches Obligationenrecht. Bd. 1. 2. Aufl. Wien 1892.

Jörs in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 1. Aufl. 1901.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B.G.B. Jena 1900.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich. Jena 1900.

Kleineidam, Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des B.G.B. In Iherings Jahrbüchern f. Dogmatik Bd. 43 (1901) S. 105.

Kohler, Annahme und Annahmeverzug. In Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 17 (1879) S. 260.

Leonhard, R., Der allgemeine Teil des B.G.B. Berlin 1900.

von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1900.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Abteilg. 1: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. 1853.

Motive zum Entwurf 1. Lesung des B.G.B. Bd. 1 u. 2.

Paasche, Unmöglichkeit der Leistung und Verzug bei Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen. Freiburger Inaugural-Dissertation. Leipzig 1903.

Planck-Ritgen, Kommentar zum B.G.B. Allgem. Teil. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1899.

von Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1. 1851.

Schollmeyer, Kommentar zum B.G.B. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte. München 1900.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgem. Lehren. Berlin 1897.

Staub in der Festschrift für den 26. deutschen Juristentag. Berlin (Guttentag) 1902.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.

Treitel, Richard, Sind die Vorschriften des B.G.B. über Unmöglichkeit der Leistung und Verzug anwendbar auf Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen? Rostocker Inaug.-Diss. 1902.

Wendt, Pandektenrecht. 1888.

Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerl. Recht. Tübingen und Leipzig 1901.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. v. Th. Kipp. 1900.

Ubbelohde im Archiv für die civil. Praxis Bd. 85 S. 119.

Unger, Österreichisches Privatrecht. Bd. 2. 5. Aufl. Leipzig 1892.

§ 1.

Vorbemerkung.

Aus den Lehrbüchern des gemeinen Rechts ist es uns geläufig, zwischen positiven und negativen Obligationen zu unterscheiden, je nachdem die Obligation auf ein Tun oder ein Nichttun gerichtet ist.

Diese Unterscheidung ist völlig berechtigt. Geht die Obligation auch regelmäßig auf ein Tun, so kann doch andererseits sehr wohl ein Nichttun, also ein Unterlassen, Gegenstand einer pflichtmäßigen Gebundenheit — eines Schuldverhältnisses — sein.

Bedenken müssen erst entstehen, wenn, wie es neuerdings geschieht, als Gegenstand des Schuldverhältnisses die „Leistung" bezeichnet und nun in analoger Ausdehnung auch zwischen positiven und negativen Leistungen unterschieden wird, eine Auffassung, der das Bürgerliche Gesetzbuch gesetzliche Anerkennung verliehen hat. Seitdem ist der Unterlassensverpflichtung ein erhöhtes literarisches Interesse zugewendet worden.

Abgesehen von der Gesetzgebungsarbeit für das Bürgerliche Gesetzbuch und der Kritik dazu, die durch das Gesetzwerden der einschlägigen Bestimmungen eine gewisse Erledigung gefunden haben, hat insbesondere die reiche Literatur der letzten Jahre über die Unmöglichkeit der Leistung eine, sei es auch nur gelegentliche Untersuchung über die Natur der Unterlassungsverpflichtung verlangt.[1]) Auch sind neuerdings

---

[1]) Die in Frage kommende Literatur wird im Verlaufe der Darstellung gelegentlich der Anführung von Beweiszitaten angegeben werden.

Abhandlungen erschienen, die sich ausschließlich mit der Unterlassung beschäftigen. So hat Wendt[1]) die Unterlassung überhaupt zum Gegenstand einer eingehenden Untersuchung gemacht, während Treitel[2]) und Paasche[3]) im besonderen geprüft haben, ob die Vorschriften über Unmöglichkeit der Leistung und Verzug auch auf die vom Bürgerlichen Gesetzbuch sogen. Unterlassensleistungen anwendbar sind.

Wenngleich auch wir der Ansicht sind, daß jede Untersuchung in dieser Richtung von der Bestimmung des § 241 B.G.B. als gegebener Grundlage ausgehen muß, so kann dies unseres Erachtens jedoch nicht dazu führen, die Erörterung der Frage überflüssig zu machen, wie weit der § 241 positiven Gesetzesinhalt hat, bezw. wie weit überhaupt gesetzliche Konstruktionen binden. Hierüber lassen alle die genannten Arbeiten Aufklärung vermissen.

Im Gegensatz zu ihnen soll der vorliegende Versuch, welcher gleichfalls die Unmöglichkeit und den Verzug bei Unterlassungspflichten behandelt, den kritischen Standpunkt dem Bürgerlichen Gesetzbuche gegenüber wahren. Es wird daher zunächst die Natur der Unterlassensverpflichtung klarzulegen und zu untersuchen sein, ob in der Tat die Leistung in einem Unterlassen bestehen kann. Sodann soll — natürlich auch unter Berücksichtigung des vom Gesetzbuch gegebenen Leistungsbegriffes — auf Grund der gewonnenen Ergebnisse die eigentliche und engere Aufgabe in unserem Sinne ihre Erledigung finden.

---

[1]) Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, Tübingen und Leipzig 1901.

[2]) Treitel, Richard, „Sind die Vorschriften des B.G.B. über Unmöglichkeit der Leistung und Verzug anwendbar auf Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen?" Rostocker Inauguraldissertation 1902.

[3]) Paasche, Unmöglichkeit der Leistung und Verzug bei Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen, Freiburger Inauguraldissertation, Leipzig 1903.

Erster Abschnitt.

Die Unterlassungspflicht im allgemeinen.

§ 2.

Der Inhalt der Unterlassungsverpflichtung.

Unterlassen ist keineswegs gleichbedeutend mit gänzlichem Nichtstun; der letzte Begriff ist der weitere. Man fragt, was soll ich unterlassen, und verlangt damit, daß die Pflicht zum Unterlassen in Beziehung zu einem Gegenstand trete. Erst Alles-Unterlassen ist Nichtstun.

Die Unterlassenspflicht kann auch hinsichtlich des Raumes und der Zeit eine Festsetzung ihres Inhaltes erfahren. Ein Unterlassen kann überall oder nur an bestimmten Orten — z. B. bei Aufenthaltsbeschränkungen —, dauernd oder nur zeitweilig — z. B. bei Konkurrenzverboten — gefordert werden.

Wird durch Rechtsgeschäft eine Unterlassenspflicht begründet, so muß über den Umfang derselben ausdrücklich oder stillschweigend Bestimmung getroffen sein. Geht man in der Festsetzung des Umfanges zu weit, so kann darin eine Verletzung der guten Sitten, ja eine Beschränkung der gesetzlich, wie verfassungsmäßig gewährleisteten Freiheit des Menschen liegen. Deshalb wird das absolute Nichtstun niemals Gegenstand eines negativen Schuldverhältnisses sein können. Die neue deutsche Gesetzgebung, deren sozialpolitische Tendenz der Schutz des wirtschaftlich Schwachen und damit Abhängigen

ist, hat schon bzgl. der Unterlassungspflichten die im Prinzip anerkannte Vertragsfreiheit vielfach eingeschränkt.[1])

Hierin ist denn auch wohl hauptsächlich eine Erklärung für die Erscheinung zu finden, daß bei Unterlassensverpflichtungen die Festsetzung des Inhalts derselben in den oben genannten drei Richtungen in der Regel eine ganz bestimmte und engbegrenzte zu sein pflegt.

Es erklärt sich dies aber auch noch aus einer anderen Tatsache. Denn ein weiteres Charakteristikum der Unterlassensverpflichtung liegt darin, daß ihre Erfüllung dem Gläubiger den erstrebten wirtschaftlichen Vorteil nicht direkt verschafft, sondern nur mittelbar, indem sie nur ermöglicht oder nur Gelegenheit gibt, daß der Gläubiger einen Vorteil genießt oder zu seinem Vorteil selbst tätig wird. Will aber jemand handeln und dabei die Tätigkeit eines anderen ausschließen, so hat er doch regelmäßig schon eine nach Zeit, Raum und Gegenstand bestimmte Gelegenheit im Auge, und für diese läßt er sich das Unterlassen versprechen.[2])

Neben Tun und Unterlassen wird mitunter als ein Drittes das „Dulden" gestellt.[3]) Wer aber verpflichtet ist, etwas zu dulden, der ist in Wirklichkeit doch zu einem Unterlassen verpflichtet, denn er soll nicht widersprechen, nicht zu

---

[1]) vgl. z. B. §§ 723, 1614 Abs. 1, 1714 Abs. 2 und 2302 B.G.B., sowie die §§ 63 Abs. 2, 74 Abs. 1 u. 2 H.G.B. und § 133 f. Abs. 1 Gew.-Ord. Die weitgehendste Einschränkung der Vertragsfreiheit muß aber — gerade bei der Begründung von Unterlassungspflichten — der § 138 Abs. 1 B.G.B. herbeiführen.

[2]) vgl. die Definition der Unterlassung bei R. Leonhard, Der allgemeine Teil des B.G.B., Berlin 1900, S. 3: „Unterlassung (ist) die von außen wahrnehmbare Untätigkeit eines Menschen in einem bestimmten Augenblicke."

[3]) So im Strafgesetzbuch §§ 240, 253, 339 u. in der C.P.O. § 890. — Dasselbe findet sich auch bei Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. 1 S. 409.

verhindern suchen, wo er die tatsächliche oder rechtliche Möglichkeit dazu hätte. Die Duldungspflichten bilden also nur eine spezielle Gruppe der Unterlassungspflichten.[1])

Bei den Duldungspflichten tritt das Erfordernis einer gegenständlichen Beziehung, welches die Unterlassenspflichten überhaupt verlangen, besonders merklich zutage. Es ist gerade eine Vorbedingung der Handlungsfreiheit des Menschen, wenn für jeden das Gebot errichtet ist, rechtserhebliche Lebensäußerungen des anderen geschehen zu lassen. Also besteht eine allgemeine Duldungspflicht. Diese endet nur da, wo des anderen Handlungen in meine Rechtssphäre eingreifen und sie hierdurch verletzen oder zu verletzen drohen. Soweit meine Rechtssphäre geschützt ist, darf ich die fremden Eingriffe verbieten, es sei denn, daß ich im konkreten Falle zur Duldung derselben verpflichtet werde. Bei solchen Gelegenheiten allein ist Raum für die Begründung von Duldungspflichten.

§ 3.

Die Verletzung einer Unterlassungspflicht. — Zuwiderhandlung.

Besteht nun eine Pflicht zur Unterlassung bezw. zur Duldung, so folgt, daß dieser Pflicht nicht genügt wird, wenn der Verpflichtete tätig wird. Der technische Ausdruck für solche Betätigung des zum Unterlassen Verpflichteten ist „Zuwiderhandlung“.

---

[1]) Ebenso Leonhard a. a. O. S. 194 Anm. 2 und S. 197; Eck, Vorträge über das Recht des B.G.B. 1./2. Aufl, Berlin 1903, Bd. 1 S. 229 Anm. 3; die Motive zum B.G.B. Bd. 2 S. 5; Treitel a. a. O. § 2, 2; vgl. hierzu auch Wendt, Unterlassungen u. Versäumnisse im bürgerl. Recht § 2. — Anders im Strafrecht. s. von Liszt, Strafrecht 10. Aufl. 1900 § 100.

Muß schon die Unterlassungspflicht eine zeitliche, räumliche oder gegenständliche Beziehung haben, so trifft dies mehr noch für die Tätigkeit zu, durch welche eine Unterlassenspflicht verletzt wird. Nicht jedes Handeln ist gleich Verletzung derselben, es muß eben „zuwider“ gehandelt sein, zuwider der konkreten, in dieser oder jener Richtung mehr oder weniger fest bestimmten Pflicht.

Der Begriff der Zuwiderhandlung ist das eigentümlichste Merkmal der Unterlassensverpflichtung, das sich aus ihrer negativen Natur ergibt. Hiermit tritt sie zu der Pflicht, die ein Tun zum Inhalt hat, in den schärfsten Gegensatz. Wird eine positive Verpflichtung nicht erfüllt, so ist das Ergebnis ein Nichts. Die Zuwiderhandlung schafft hingegen einen positiven Effekt, der an sich nicht ungeschehen zu machen ist. Daraus schon läßt sich ganz allgemein erkennen, daß die Verletzung einer Unterlassenspflicht für den Berechtigten einen weit erheblicheren Nachteil mit sich bringt, als die Nichterfüllung einer positiven Verpflichtung; denn im letzteren Fall kann der Gläubiger die durch Erfüllung der Verpflichtung erstrebte wirtschaftliche Veränderung noch auf anderen Wegen erreichen. Die verletzte Unterlassungspflicht aber stellt einer solchen möglichen Remedur ein Hindernis entgegen, indem sie ein Entgegenarbeiten wider den vom Zuwiderhandelnden geschaffenen positiven Effekt, also eine höhere Kraftanstrengung des Berechtigten, erforderlich macht.

§ 4.

Begründung von Unterlassungspflichten.

Die Frage, wodurch Unterlassenspflichten rechtlich begründet werden können, ist identisch mit der Frage nach der Begründung von Rechtspflichten überhaupt. Hiervon ab-

gesehen, wird sich zeigen, daß bei gewissen Rechtsinstituten die Unterlassungs- bezw. Duldungspflichten eine ungleich größere Rolle spielen, als die positiven Verpflichtungen.

Das Gesetz und die gesetzesgleiche Norm kann eine Verpflichtung zu Unterlassungen den Personen entweder direkt auferlegen oder als Folgerung aus Ereignissen und Zuständen festsetzen, in welche die Personen notwendig oder freiwillig eingetreten sind. Hierher gehören beispielsweise die gesetzlichen Veräußerungsverbote oder eine polizeiliche Verfügung, die das Betreten eines mit Einsturz drohenden Gebäudes dem an sich Berechtigten verbietet.

Weiter können Unterlassenspflichten durch Rechtsgeschäft, sei es unter Lebenden, sei es von Todeswegen begründet werden. Die häufigste Begründungsart wird, gerade wie bei den auf ein Tun gerichteten Verbindlichkeiten, naturgemäß das zweiseitige Rechtsgeschäft, der Vertrag, sein.

Häufig ergibt sich die Unterlassungspflicht aus einer Verbindung zwischen Rechtsgeschäft und rechtlicher Norm. So übernimmt der Erwerber eines Grundstücks die Verpflichtung zu den Unterlassungen bezw. Duldungen, die eine das Grundstück belastende Dienstbarkeit dem jeweiligen Eigentümer desselben auferlegt. Die Dienstbarkeiten sind überhaupt die ersten und besten Beispiele gewesen, auf die man bei der Erörterung der Unterlassensverbindlichkeiten hinwies. Besteht doch der Inhalt derselben auf passiver Seite regelmäßig, im römischen Recht sogar ausschließlich in einem Unterlassen.[1])

---

[1]) Es sei an den römisch-rechtlichen Grundsatz „servitus in faciendo consistere nequit“ erinnert; vgl. hierzu l. 15 § 1 D. de servitutibus 8, 1: „Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc aut in suo pingat, s e d u t a l i q u i d p a t i a t u r a u t n o n f a c i a t.“ — Beispiele römischer Servituten finden sich:

Ist es nicht möglich, den Verpflichtungsgrund zu einer Unterlassung unmittelbar zu schaffen, so kann man dieses Ziel auf einem Umwege durch Auflagen bei Schenkungen und letztwilligen Zuwendungen erreichen. Auch in der Form von Bedingungen, die zu den Rechtsgeschäften hinzutreten, werden Unterlassungspflichten häufig begründet.

---

§ 4 J. de serv. 2, 3, l. 3, 4 D. de serv. praed. urban. 8, 2, l. 2, 3, 13 § 1 D. de serv. praed. rust. 8, 3 usw.

Zweiter Abschnitt.

Die Unterlassungsverpflichtung als Inhalt eines Schuldverhältnisses.

§ 5.

Der Inhalt eines Schuldverhältnisses überhaupt. — Die Leistung.

Das Ziel der Obligation ist Überführung des Gläubigers aus dem Zustande des Unbefriedigtseins in den der Befriedigung.[1]) Mittel zur Erreichung dieses Zieles ist das obligationsmäßige Verhalten des Schuldners; die Verpflichtung hierzu bildet also den nächsten Inhalt des Schuldverhältnisses.

Nach den Definitionen der römischen Juristen kann die Verpflichtung des Schuldners auf ein dare, facere oder praestare gehen.[2]) Was unter diesen Begriffen zu verstehen und wie sie gegeneinander abzugrenzen seien, ist noch jetzt sehr bestritten.[3]) Die Lösung der Streitfrage ist um so

---

[1]) So treffend Otto Fischer, Recht und Rechtsschutz (in den Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines B.G.B. für das Deutsche Reich Heft 4, Berlin 1889) S. 72.

[2]) Gaius, Inst. IV § 2 und l. 3 pr. D. de obligationibus et actionibus 44, 7.

[3]) Literatur: Puchta, Institutionen §§ 165, 259; Marezoll, in der Zeitschr. f. Civ. u. Pr. 10, 219 f.; Schilling in Richters krit. Jahrb. 3, 120 f.; Wächter, Erört. 2, 65 f.; Huschke in der Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. 13,

schwieriger, als die Quellen selbst eine scharfe Unterscheidung zwischen facere und praestare nicht festhalten.

Mit einer solchen spezialisierenden Einteilung ist aber dem modernen rechtsgeschäftlichen Verkehr in keinem Falle gedient. Um alles das erschöpfend zu umfassen, was der Verkehr unter Billigung des Gesetzes zum Inhalt von Obligationen zu machen pflegt, braucht man einen möglichst allgemeinen Begriff. Als generellste Bezeichnung für das obligationsmäßige Verhalten des Schuldners wird jetzt von den meisten Schriftstellern der Ausdruck „Leistung" gewählt.[1]) Die „Verpflichtung zur Leistung" oder die „Leistungspflicht" des Schuldners soll nunmehr den Inhalt des Schuldverhältnisses ausmachen, während die Leistung an sich als der Gegenstand des Schuldverhältnisses bezeichnet wird.[2])

So auch das Bürgerliche Gesetzbuch; der erste Abschnitt des zweiten Buches, welcher die Überschrift „Inhalt der Schuldverhältnisse" trägt, behandelt unter seinem ersten Titel die „Verpflichtung zur Leistung". Der in das Recht der Schuldverhältnisse einführende § 241 beginnt: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern."

---

249 f.; Unterholzner, Schuldverhältnisse 1, 200 f.; Savigny, System des röm. Rechts 5, 589 f. und Oblig. 1, 299 f.; Sintenis, Civilrecht § 83 Note 2; Brinz, Pand. 1, 582 f. und Windscheid, Pand. § 252 Note 4 Bd. 2 S. 13; Dernburg, Pand. 6. Aufl. 1900 Bd. 2 S. 66 u. 67; neuerdings Schloßmann in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Bd. 24, 1903, S. 160.

[1]) So z. B. P. Jörs in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 1. Aufl. 1901 S. 119 § 48, 1; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 2 oben, S. 66 unten, Bürgerl. Recht Bd. 2, 1 S. 17; Endemann, Lehrb. des bürgerl. Rechts Bd. 1 S. 408.

[2]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 4, 66 u. 67, Bürgerl. Recht Bd. 2, 1 S. 18; Windscheid, Pand. Bd. 2 S. 11 § 252 und Anm. 1 dazu.

Diese durch das Bürgerliche Gesetzbuch festgelegte Terminologie bedeutet nicht nur keinen Schritt weiter, im Gegenteil sie muß sogar als äußerst bedenklich erscheinen.

§ 6.

Negativer Inhalt eines Schuldverhältnisses.

Es ist bereits gesagt worden,[1]) daß Inhalt eines Schuldverhältnisses sehr wohl die Pflicht zu einem Unterlassen oder Dulden sein kann. Schon die Römer haben den Unterschied zwischen negativen und positiven Obligationen gemacht, wenngleich es an einer ausdrücklichen Hervorhebung fehlt.[2]) Wir werden dies an den Quellenbeispielen sehen, die im weiteren Verlaufe der Darstellung herangezogen werden. Die Unterscheidung ist daher auch der Doktrin des gemeinen Rechts durchaus geläufig.

Die Unterlassenspflicht kann den einzigen oder wenigstens hauptsächlichen Inhalt des Schuldverhältnisses ausmachen, z. B. jemand verspricht einem anderen, bei einer bevorstehenden Versteigerung nicht mitzubieten. Diese Fälle sind aber im Leben die weniger häufigen, meist finden sich kombinierte Fälle, in denen dem Schuldner die Unterlassung nur neben anderen Verpflichtungen obliegt oder gar nur hypothetisch

---

[1]) s. S. 1; vgl. auch Hartmann, Die Obligation, Erlangen 1875, S. 117.

[2]) Man könnte eine solche allenfalls in l. 189 D. de verb. signif. 50, 16 finden. Wendt, Lehrbuch der Pandekten S. 457, sagt bezüglich der Unterlassensverpflichtungen zutreffend: „Im römischen Rechtsverkehr trat diese Gruppe freilich insofern nicht als eine Besonderheit hervor, als bei der pecuniaria condemnatio des römischen Civilprozesses nicht sowohl die Unterlassung selbst in obligatione zu sein schien, als vielmehr das quanti ea res sit oder die für die Zuwiderhandlung bedungene Strafleistung."

geboten ist, falls bestimmte andere Voraussetzungen vorliegen oder eintreten. Als Beispiel dafür, daß Unterlassungen nur Nebenverpflichtungen bilden, kann auf die vielen Klauseln verwiesen werden, die sich in den heutigen Mietskontrakten zu finden pflegen. Daß die römischen Hauswirte sich bereits auch in dieser Weise sicherten, geht aus l. 11 § 1 D. locati conducti 19, 2 hervor, wo es heißt: „si hoc in locatione convenit ‚ignem ne habeto' usw."

Es wird sich nicht immer gleich auf den ersten Blick erkennen lassen, ob das Schuldverhältnis einen positiven oder negativen Inhalt hat. Hier stellt sich erst bei genauer Betrachtung das in obligatione Befindliche heraus. Wenn beispielsweise jemand verspricht, eine Sache dauernd zu behalten, so ist das Versprechen doch in Wirklichkeit darauf gerichtet, sich der Sache nicht zu entäußern. Der umgekehrte Fall würde vorliegen, wenn jemand sich verpflichtet, eine angefallene Erbschaft nicht anzunehmen. Mit einem Unterlassen wäre diese Verpflichtung nicht erfüllt, vielmehr ist bei dem heute stattfindenden ipso iure-Erwerb Ausschlagung der Erbschaft, also eine Willenserklärung, eine Handlung, nötig.

§ 7.

Die Unterlassung als „Leistung".

Wir haben oben gezeigt, daß jetzt ausnahmslos der Gegenstand eines Schuldverhältnisses als die „Leistung" bezeichnet wird. Hält man nun an dieser Terminologie fest, so muß man auch den Gegenstand der auf ein Unterlassen oder Dulden gerichteten Obligation mit „Leistung" bezeichnen.

Diese Konsequenz ist denn auch von den meisten Schriftstellern unbedenklich gezogen worden.[1]) Sie findet sich bereits

---

[1]) s. z. B. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Abt. I, Überschrift des § 7 S. 18; Windscheid, Pand. § 252 Bd. 2 S. 12; Endemann,

begründet in dem von Windscheid aufgestellten Begriffe des Anspruchs.[1]) Nach ihm ist der Anspruch „das Recht, von einem anderen etwas zu verlangen". Windscheid unterscheidet die Ansprüche in dingliche und persönliche, je nachdem sie aus dinglichen oder persönlichen Rechten resultieren. Die dinglichen Ansprüche gehen primär auf etwas Negatives, auf ein Unterlassen; erst wenn der dingliche Anspruch verletzt wird, verwandelt er sich in den positiven Anspruch auf Wiederaufhebung der Verletzung. Der persönliche Anspruch kann zum Gegenstand etwas Positives oder etwas Negatives, ein Tun oder ein Unterlassen haben. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt zwar nicht den generellen dinglichen Anspruch gegen jedermann, den Windscheid hat; vielmehr muß der Anspruch — im Gegensatz zu dem Windscheids — schon gegen bestimmte Personen gehen. Trotzdem ist der Windscheidsche Anspruchsbegriff im wesentlichen in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen.

Der § 194 definiert den Anspruch als „das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen". Etwas spezieller, vielleicht, weil der Anspruchsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit dem anderer Reichsgesetze, insbesondere der Civilprozeßordnung, nicht übereinstimmt,[2]) wiederholt dann § 241 als Begriffsbestimmung des aus der Obligation sich ergebenden Anspruchs: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen." Hiermit zieht das Bürgerliche Gesetzbuch nur die unabweisbare Konsequenz, die

---

Lehrb. d. bürgerl. Rechts 3./4. Aufl., Berlin 1898, Bd. 1 S. 409 (vgl. jedoch Anm. 2 zu S. 18 dieser Abhandlung); Eck, Vorträge Bd. 1 S. 229.

[1]) Windscheid, Lehrbuch der Pandekten § 43 Bd. 1 S. 155 ff.

[2]) s. hierüber Fischer l. c. S. 76.

sich aus der Annahme des Windscheidschen Anspruchsbegriffes ergibt. Der Gegenstand des Anspruches, das „Etwas", worauf der Anspruch Windscheids geht, verlangt naturgemäß auch die Anwendung der Sätze von Erfüllung und Leistung für sich. Ist der Gegenstand des Anspruchs ein Unterlassen, wie es nach der Lehre Windscheids möglich sein soll, so gibt es auch eine „Unterlassensleistung" und eine Erfüllung derselben.

Darüber kann kein Zweifel bestehen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch eine Subsumtion der Unterlassung unter den Leistungsbegriff will. Die Motive sagen dies noch ausdrücklich.[1]) Damit ist nicht nur der Begriff der „Unterlassensleistung" anerkannt, es sind zugleich die positiven Leistungen den sogen. negativen gleichgestellt, sodaß beide Arten von Leistungen den gleichen Vorschriften unterstehen. Insbesondere muß der oben angeführte Satz 2 des § 241 dem Wortlaute nach, in seiner Stellung zu Satz 1 des Paragraphen und am Beginn des zweiten Buches bedeuten, daß die Vorschriften über die meist positiven Obligationen auch Anwendung finden sollen auf Schuldverhältnisse, die eine Unterlassensverpflichtung zum Inhalt haben.

Natürlich ist die Gleichstellung der sogen. negativen mit den positiven Leistungen auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nur eine grundsätzliche. Es geht dies zunächst daraus hervor, daß das Gesetz zuweilen die Anwendung der für die positiven Leistungen geltenden Bestimmungen auf Unterlassensverpflichtungen selbst ausschließt, ohne darin freilich erschöpfend oder nur konsequent vorzugehen.[2]) Aber auch

[1]) Bd. 2 S. 5.

[2]) vgl. z. B. §§ 198 Satz 2, 339 Satz 2, 345 B.G.B. — Der § 1052 des ersten Entwurfes: „Die Leistungen können bei einer Reallast nicht in einem Unterlassen bestehen" ist von der zweiten Kommission gestrichen worden.

hiervon abgesehen müssen diejenigen, die mit dem Gesetz den Begriff der negativen Leistung für eine juristisch mögliche Konstruktion halten, zugeben, daß gewisse Vorschriftenkomplexe, die für Leistungen überhaupt seit altersher in Geltung sind, auf Unterlassensverpflichtungen schlechthin unanwendbar sind.[1]) Es werden dies in erster Linie Vorschriften sein, deren Anwendung auf Unterlassensverpflichtungen um deswillen unmöglich ist, weil man von dem Begriffe, auf den sich die Vorschriften beziehen, bei Unterlassensverpflichtungen gar nicht sprechen kann.[2])

Gerade diese Erkenntnis aber müßte dazu führen, den Begriff der Unterlassensleistung überhaupt zu verwerfen. Der Begriff der Leistung ist doch gebildet mit Rücksicht auf diejenigen Vorschriftenkomplexe, welche den Charakter, den Umfang und die Einteilung dieser juristischen Erscheinung, sowie die Differenzierung ihrer verschiedenen Funktionen betreffen und regeln. Der Begriff der Leistung ist also auch abhängig von diesen Vorschriftenkomplexen. Wird nun die Nichtanwendbarkeit dieser den Begriff der Leistung überhaupt betreffenden Vorschriften auf Unterlassensverpflichtungen festgestellt, so ergibt sich hieraus schon, daß die Unterlassung begrifflich keine Leistung ist.

§ 8.

Würdigung des Begriffs der Unterlassensleistung.

Damit sind wir an der Stelle angelangt, wo der bereits betonte, von uns vertretene Standpunkt, welcher die Subsumtion der Unterlassung unter den Leistungsbegriff für ver-

---

[1]) So auch Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse S. 6.

[2]) Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2, I S. 19 hält viele Vorschriften „der Natur der Sache nach" auf Verpflichtungen zum Unterlassen nicht für anwendbar.

fehlt erachtet, eingehender begründet werden soll. Wir werden hierbei den Ausführungen Fischers folgen, mit denen sich dieser bereits vor dem Gesetzwerden des Bürgerlichen Gesetzbuches gegen die vom Entwurfe zugrunde gelegte Anspruchstheorie Windscheids und deren Konsequenzen wandte.[1])

Es muß zunächst schon auffallen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch, welches sich sonst sichtlich bemüht, in seiner Wortfassung nicht nur möglichst klar und deutlich zu sein, sondern auch durch eine einfache und volkstümliche Sprache den Charakter einer nationalen Kodifikation zu wahren, sich in sprachlicher Beziehung hier so vergeht. Das Unterlassen soll eine Leistung sein, wo es augenscheinlich doch das gerade Gegenteil des Begriffes „Leisten" ist.[2])

Mit der Subsumierung der Unterlassung unter den Leistungsbegriff hat das Bürgerliche Gesetzbuch außerdem fertig gebracht, was logischerweise immer noch für unmöglich gehalten wird, nämlich die Unterstellung zweier einander ausschließenden Begriffe, des Negativen und des Positiven, unter einen gemeinschaftlichen Oberbegriff.

Mit Recht hebt Fischer weiter hervor,[3]) daß die Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht nur ein Vergehen gegen den Geist der Sprache darstellt, sondern daß auch der damit geschaffene Begriff der Unterlassensleistung als rein juristische Konstruktion unhaltbar ist. Er geht dabei aus von der rechtlich grundlegenden Unterscheidung der Rechte in solche, die auf Gebotsgesetzen beruhen, und solche, die auf Verbotsgesetzen beruhen. Nur die auf Gebotsgesetzen

---

[1]) s. die bereits Anm. 1 zu S. 9 angezogene Abhandlung „Recht und Rechtsschutz" S. 79.

[2]) So auch Hartmann, Die Obligation S. 117 Anm. 2. Er bezeichnet S. 117 im Text den Ausdruck „negative Leistung" als einen Kunstausdruck.

[3]) a. a. O. S. 71.

beruhenden Rechte, die durch ein Tun des Verpflichteten befriedigt werden, sind einer Erfüllung fähig, nur bei ihnen ist Leistung möglich. Bei den lediglich auf Verbot beruhenden Rechten ist Überführung des Berechtigten aus dem Zustande des Unbefriedigtseins in den der Befriedigung gar nicht möglich, und daher ist Erfüllung und Leistung nicht denkbar. Hier kommt lediglich die Zuwiderhandlung in Frage.[1])

Daß bei den stets auf Verbotsgesetzen beruhenden absoluten Rechten vor ihrer Verletzung von Erfüllung und Leistung gar nicht die Rede sein kann, ergibt sich schon aus deren allgemein anerkannter juristischer Konstruktion.[2]) Man kann schlechterdings nicht annehmen, daß jedes entstehende absolute Recht gegen jeden Normunterworfenen eine Leistungspflicht begründe und für die Dauer seiner Existenz statuiere. Dies müßte aber der Fall sein, wollte man auch die auf ein non contra facere gehenden absoluten Rechte einer „Erfüllung" entgegenführen.[3]) Man ist doch bezüglich strafrechtlicher allgemeiner Verbotsgesetze, wie etwa einer Polizeiverordnung, darüber einig, daß sie von vornherein überhaupt keine Leistungspflicht erzeugen, sondern erst in dem Augenblick, in welchem sie verletzt werden, und demjenigen gegenüber, der sich mit ihnen in Widerspruch setzt, also bei der Zuwiderhandlung.

Das gleiche gilt für die relativen Rechte, soweit sie auf Verbotsgesetzen beruhen. Auch hier will der Berechtigte nicht Erfüllung und Leistung; er hat mit der von ihm begründeten Verpflichtung lediglich einen Wall um einen Rechtszustand

---

[1]) Auch Wendt, Unterl. u. Verf. S. 62 hebt trotz seines sonst gegenteiligen Standpunktes hervor, daß es bei der Unterlassungsverbindlichkeit doch immer nur auf die Zuwiderhandlung ankommt. Vgl. auch Staub in der Festschrift für den 26. deutschen Juristentag, Berlin (Guttentag) 1902, S. 36.

[2]) So auch Planck (Allg. Teil) für das B.G.B., vgl. S. 48 u. 249.

[3]) vgl. bei Fischer a. a. O. S. 72 Anm. 3.

oder eine des Rechtsschutzes fähige Tätigkeitssphäre errichtet, der jede Störung verbietet, nur mit dem Unterschied, daß dieses Verbietungsrecht nicht gegen alle, sondern gegen bestimmte Personen wirksam ist. Erst die verletzende Störung, die Handlung wider das Verbot, begründet eine Leistungspflicht. Es wird dies später noch deutlicher erhellen.

Jeder Unterlassungspflicht liegt ein Verbot zugrunde, mag dieses ein absolutes oder ein relatives Recht erzeugen. Wenn man einwendet, das Verbot zu handeln sei gleichzeitig ein Gebot der Unterlassung,[1]) so ist das nur ein Spielen mit Worten. Man kann dann auch ebensogut das Gebot der Handlung ein Verbot der Unterlassung nennen. Aus der zwischen Gebots- und Verbotsnormen gemachten, rechtlich tiefgreifenden Unterscheidung heraus ist also schon zu folgern, daß der zur Unterlassung Verpflichtete unmöglich erfüllen und leisten kann und soll.[2])

Am klarsten aber muß sich dies ergeben, wenn man diejenigen Rechtsinstitute, welche der Geltendmachung und Verwirklichung der Rechte dienen, den Prozeß und die Zwangsvollstreckung, in ihrer Wirkung auf Unterlassungsverpflichtungen betrachtet.[3])

Man unterscheidet im Prozeß Feststellungs- und Leistungsklagen, je nachdem die Klagen auf Beurteilung eines Rechtsverhältnisses oder auf Verurteilung zu einer aus dem unstreitigen oder im Klagewege bereits festgestellten Rechtsverhältnis mir zustehenden Leistung gehen. Mit der Feststellungsklage

---

[1]) So Windscheid, Pand. II § 27 S. 99 Anm. 1.

[2]) Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. 1 S. 409 Anm. 11 Abs. 3, betont gleichfalls, daß der Schuldner keineswegs zu einer negativen Leistung verpflichtet ist. Hieraus muß man schließen, daß er nur die herrschende Terminologie wiedergeben will, wenn er im Text positive und negative Leistungen unterscheidet.

[3]) vgl. zum Folgenden Fischer a. a. O., S. 79—82 oben.

bezwecke ich also nur Klarstellung der Rechtslage als Grundlage für später eventuell geltend zu machende Leistungsansprüche, sie ist an sich auch denkbar bei völlig normalem Verlauf des Rechtslebens den bestehenden Rechten und Verpflichtungen gemäß. Anders die Leistungsklage. Mit ihr — allein oder in Verbindung mit einer Feststellung — beschreite ich einen Weg, der im Hinblick auf das primäre Ziel begründeter Rechte, Abwicklung des Rechtslebens in unzweideutig geregelten Bahnen, bereits nicht mehr als normal bezeichnet werden kann. Die Leistungsklage setzt regelmäßig eine Verletzung der Rechte und Rechtspflichten voraus und verlangt bereits den Ausspruch der sich aus dem Rechtsverhältnis im konkreten Falle ergebenden Folgen.

Hiermit ist bereits der Grund zu einem weiteren, sehr wesentlichen Unterschied der beiden Arten von Klagen gelegt: die Leistungsklage will die zwangsweise Befriedigung der Rechte, die Zwangsvollstreckung, anbahnen, die Feststellungsklage kann dies noch nicht. So ist denn auch allein die Verurteilung zu einer Leistung der Zwangsvollstreckung fähig, während aus einem bloßen Feststellungsurteil eine derartige Zwangsvollstreckung nicht denkbar ist.

Es wird sich nun fragen, kann der Rechtsstreit um ein Unterlassen eine Leistungsklage sein oder nicht? Besteht ein Rechtsverhältnis, das einem der Beteiligten eine Unterlassenspflicht auferlegt, so kann natürlich unter den Voraussetzungen des § 256 C.P.O. jederzeit über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses eine Feststellungsklage angestrengt werden, ohne daß es einer vorherigen Verletzung der Verpflichtung bedarf. Im übrigen ist aber ein Rechtsstreit über die Unterlassensverpflichtung nur denkbar, wenn eine Verletzung derselben, eine Zuwiderhandlung, erfolgt ist. Worauf soll man denn vor einer Zuwiderhandlung klagen als darauf, daß der Schuldner überhaupt zur Unterlassung verpflichtet ist?

Die C.P.O. läßt in den §§ 257—259 allerdings im Gegensatz zum früheren Rechte allgemein Klagen auf künftige Leistungen zu. Indes liegt es nirgends so klar zutage, wie bei diesen Vorschriften, daß hier unter Leistung die Unterlassung nicht mit verstanden ist. Die §§ 258, 259, die allein für uns in Betracht kommen, sprechen von „wiederkehrenden", „fälligwerdenden", „rechtzeitigen" Leistungen, Begriffe, von denen bei Unterlassensverbindlichkeiten offenbar, wie auch später, insbesondere in Abschn. IV der Abhandlung noch gezeigt werden soll, garnicht gesprochen werden kann. Dagegen gibt das Bürgerliche Gesetzbuch bei der Störung von dinglichen Rechten, wie Besitz, Eigentum, Servituten, Superfizies u. a., dem Berechtigten eine Klage auf Unterlassung künftiger Beeinträchtigungen neben dem positiven Anspruch auf Wiederaufhebung der Störung, wenn „weitere" Störungen zu besorgen sind.[1])

Hier muß zunächst beachtet werden, daß Voraussetzung einer solchen Klage die Feststellung einer mindestens einmaligen Zuwiderhandlung ist; das ergibt einmal das Wort „weitere" (sc. Störungen oder Beeinträchtigungen). Ferner ist die Besorgnis weiterer Störungen doch zu begründen. Woraus kann aber solche Besorgnis besser mit Recht geschöpft werden, als aus bereits geschehener Zuwiderhandlung. Eine Zuwiderhandlung ist jedenfalls erforderlich. Ob sie zur Begründung der Besorgnis für sich allein schon genügt, wird quaestio facti sein.

Sind nun diese Klagen des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf Unterlassung, die die Motive[2]) selbst als auf ein künftiges Verhalten gehend bezeichnen, Leistungsklagen? Die auf sie erfolgende Verurteilung, soweit sie sich nicht auf die Beseitigung

---

[1]) vgl. z. B. die §§ 862, 550, 1053, 1004, 1027, 1134.
[2]) I, 367.

der Störung bezieht, kann entweder nur das Bestehen der durch die Zuwiderhandlung fraglich gewordenen Pflicht zur Unterlassung feststellen — dann haben wir es wieder mit einer Feststellungsklage zu tun —, oder das Urteil kann das Verbot künftiger Zuwiderhandlung aussprechen. Im letzteren Falle wird die Charakterisierung der Klage von der Frage abhängig sein, ob und inwiefern das ein solches Verbot der Unterlassung aussprechende Erkenntnis des Erfüllungszwanges, der Zwangsvollstreckung, fähig ist.

Für die Zwangsvollstreckung aus solchem Urteil sind die §§ 890—892 C.P.O. bestimmt. Darnach ist mit dem Urteil allein überhaupt nichts anzufangen, selbst wenn darin, außer dem Ausspruch der Pflicht zum Unterlassen, zugleich eine Strafandrohung enthalten sein sollte, wie das Gesetz es vorsieht.[1]) Auf Grund dieses Titels kann keine Befriedigung des Berechtigten herbeigeführt, keine Erfüllung erzwungen werden. *Alles schwebt in der Luft, bis eine Zuwiderhandlung erfolgt.* Nun erst macht sich hiergegen eine Reaktion geltend, Bestrafung des Zuwiderhandelnden und event. Anwendung von Gewalt. Hierfür ist jedoch keineswegs etwa das ergangene Urteil der ausreichende Titel, vielmehr ist eine besondere Verurteilung erforderlich, die zwar auf dem früheren Urteil fußt, im übrigen aber eine Feststellung der begangenen Zuwiderhandlung nötig macht. Andererseits ist die Wirksamkeit dieser zweiten, durch Beschluß auszusprechenden Verurteilung auf die erfolgte und festgestellte Zuwiderhandlung beschränkt.

Weiter kann *nach geschehener Zuwiderhandlung* in derselben Weise auf Grund des ersten Urteils eine Verurteilung des Verpflichteten zur Bestellung einer Sicherheit ausgesprochen werden.[2]) Daß es sich hierbei ebenso, wie bei

---

[1]) § 890 Abs. 2 C.P.O.

[2]) § 890 Abs. 3 C.P.O.

der vorherigen Strafandrohung, offenbar nicht um Vollstreckungsmaßregeln, sondern lediglich um einen vorbeugenden Schutz gegen weitere Zuwiderhandlungen handelt, hebt Fischer mit Recht hervor.[1])

Nach alledem kann nicht mehr zweifelhaft sein, daß die genannten Vorschriften der Civilprozeßordnung, in denen eine „Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Unterlassungen" geordnet werden soll, in Wahrheit überhaupt keinen Erfüllungszwang bzgl. der Unterlassung ermöglichen. Das ist aber gleichbedeutend mit der Feststellung, daß die Klage auf Unterlassung keine Leistungs-, sondern ihrem Wesen nach Feststellungsklage ist, der nur infolge positiver Bestimmung die Fähigkeit innewohnt, Grundlage einer auf Beseitigung bezw. Verhütung von Zuwiderhandlungen gerichteten Zwangsvollstreckung zu sein.[2])

§ 9.

Fortsetzung.

Die vorstehend dargelegten Argumente, welche sich gegen den Begriff der Unterlassung als Leistung wenden, ergeben sich aus der Natur der Unterlassungspflicht, als einer Verbindlichkeit, die der Erfüllung im eigentlichen Sinne nicht fähig ist und daher eine Subsumtion unter den Leistungsbegriff nicht verträgt. Es hat sich die von uns vertretene Auffassung bestätigt, daß bei Unterlassensverpflichtungen an

---

[1]) l. c. S. 81.

[2]) Auch Wendt, Unterl. und Vers. S. 85 muß zugeben, daß die Verurteilung zu künftigen Unterlassungen auf Grund der Civilprozeßordnung nur moralische, d. h. psychologische Wirkung hat und daß an eine Zwangsvollstreckung nicht gedacht werden kann. Was heißt das aber anders, als daß die Klage auf Unterlassung keine Leistungklage, die Unterlassung keine Leistung ist. Trotzdem sagt er S. 78, daß mit der Klage auf Unterlassung die Erfüllung der Obligation begehrt wird.

die Stelle der Erfüllung deren Gegenteil, die Zuwiderhandlung, tritt, welche bereits früher als das der Unterlassung eigentümliche Kennzeichen hervorgehoben wurde.[1]) Erst mit der Zuwiderhandlung entsteht ein jetzt positiver, der Erfüllung fähiger Anspruch und eine Leistungspflicht[2])

Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch trotzdem auf grundsätzlicher Gleichstellung der negativen mit den positiven Verpflichtungen beharrt, so müßte es diesen seinen Standpunkt auch konsequent durchführen, falls oder soweit dies überhaupt angängig ist. Das geschieht aber keineswegs. So ist der ganze Abschnitt über Schuldverhältnisse im allgemeinen[3]) nur für Schuldverhältnisse mit positivem Inhalt berechnet. Hier kehren Ausdrücke, wie „die Leistung bewirken", „empfangen", „die Zwangsvollstreckung auf die Leistung richten", immer wieder, Begriffe, die augenscheinlich auf Unterlassungen nicht passen.[4]) Auch der dritte Abschnitt, welcher das Erlöschen der Schuldverhältnisse behandelt, betrifft nur positive Obligationen; er spricht fast in jedem Satze von „anbieten, annehmen, empfangen" einer Leistung.

An den wenigen Stellen, an denen sich das Bürgerliche Gesetzbuch der Unterlassensverpflichtungen erinnert, geschieht dies lediglich, um Ausnahmen von der Gleichstellung mit den positiven Leistungen zu machen, Ausnahmen, die so wesentlich sind, daß sie die ganze Ausdehnung des Leistungsbegriffes auf Unterlassungen überflüssig erscheinen lassen. So muß das

---

[1]) vgl. S. 6 der Abhandlung. — Auch Kohler, Annahme und Annahmeverzug, in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 17 S. 263 hebt hervor, daß bei der obligatio non faciendi nur von einer „Übertretung, einer Kontravention" gesprochen werden kann.

[2]) So auch Unger, Österreichisches Privatrecht Bd. 2 § 129 Anm. 29 und § 116 Anm. 10 am Ende.

[3]) §§ 241—304 B.G.B.

[4]) vgl. z. B. §§ 242, 264, 271, 273, 274 usw.

Bürgerliche Gesetzbuch gleich dort, wo es den Begriff des Anspruchs auf ein Unterlassen und damit der Unterlassensleistung begründet, in der Lehre von der Verjährung,[1]) an seiner Neuerung selbst eine unfreiwillige, aber wirksame Kritik üben. Nach § 198 beginnt die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs. Geht aber der Anspruch auf ein Unterlassen, so beginnt die Verjährung erst mit der Zuwiderhandlung. Dieses Zusatzes hätte es nicht bedurft, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch den Anspruchs- und Leistungsbegriff auf positive Verpflichtungen beschränkt hätte. Nach der jetzigen Fassung verjährt der Anspruch auf ein Unterlassen als solcher, wenn nicht eine Zuwiderhandlung erfolgt, überhaupt nicht.

Aber auch andere Vorschriftenkomplexe, die sich auf Leistung und Erfüllung beziehen und deren grundsätzliche Anwendung auch auf Unterlassungspflichten der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs fordert, müssen sich bei genauerer, mehr als äußerlicher Betrachtung entweder als schlechthin unanwendbar herausstellen oder können doch nur mit wesentlichen Einschränkungen anwendbar sein. Hierhin gehören vor allem die Vorschriften über die Unmöglichkeit und den Verzug. Ihre Anwendbarkeit auf Unterlassensverpflichtungen zu prüfen, ist unsere engere Aufgabe. Die Untersuchung hierüber wird in ihrem Ergebnis auch einen gewichtigen Beitrag zu den Argumenten liefern, welche in diesem Abschnitt gegen die Haltbarkeit des vom Bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellten Leistungsbegriffes angeführt worden sind. Dieser letztere Zweck wird umsomehr erreicht werden, als die Vorschriften über Unmöglichkeit und Verzug zugleich mit Rechtsbegriffen, wie beispielsweise Teilbarkeit, Vertretbarkeit, Fälligkeit der Leistung, kombiniert und durchsetzt sind, die ebenfalls Prüfsteine für die juristische Korrektheit des Begriffes der Unterlassensleistung abgeben.

---

[1]) §§ 194 ff. B.G.B.

Dritter Abschnitt.

Unmöglichkeit bei Unterlassungsverpflichtungen.

§ 10.

Die Unmöglichkeit der Leistung im allgemeinen.

I. Die logische und die juristische Unmöglichkeit.

Unmöglichkeit der Leistung ist gleichbedeutend mit „Nichtleistenkönnen". Wenn wir dieses „Nichtleistenkönnen" im logischen Sinne nehmen, so ist es nur dann als vorliegend anzuerkennen, wenn die Kräfte nicht ausreichen, die Leistung zu bewirken. Der logischen Unmöglichkeit gegenübergestellt wird der weitere Begriff der juristischen Unmöglichkeit, wonach das Nichtleistenkönnen bereits dann als vorhanden anzusehen ist, wenn zwar die Kräfte zur Bewirkung der Leistung genügen, das Leisten aber eine derart hohe Anstrengung der Kräfte erfordern würde, daß sie einem billigerweise nicht zugemutet werden kann.[1])

Aus der Tatsache, daß die Kräfte unter die verschiedenen Rechtsindividuen ungleich verteilt sind, ergibt sich einmal, daß

[1]) s. hierzu Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht 1900 S. 2ff.; Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B.G.B. 1900 S. 12; Kleineidam in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 4 S. 111, 112 hält den Begriff der juristischen Unmöglichkeit für überflüssig. Auch Treitel a. a. O. S. 24—27 verwirft die Unterscheidung in logische und jur. Unmöglichkeit. Ebenso Paasche a. a. O. S. 31.

die Grenzen zwischen logischer und juristischer Unmöglichkeit flüssige sind, da ein fester, objektiver Maßstab fehlt; andererseits beruht darauf die Unterscheidung der Unmöglichkeit in eine objektive und subjektive, bezw. in Unmöglichkeit und Unvermögen, worüber § 12 handeln wird.

II. Grund der Unmöglichkeit. — Faktische[1]) und rechtliche Unmöglichkeit.

Der Grund für die Unmöglichkeit der Leistung kann in der Person des zur Leistung Verpflichteten liegen oder in dem von der Leistung vorausgesetzten „Substrat".[2]) Das ist ein Ereignis, eine andere Person oder eine Sache, die zu der Leistung in derart enger Beziehung steht, daß die Leistung von ihrer Existenz und ihren Schicksalen abhängig ist.

Der Grund ferner, aus welchem sich eine Leistung als unmöglich erweist, kann rein tatsächlicher, oder er kann rechtlicher Natur sein, je nachdem z. B., der Verpflichtete eine untergegangene oder eine ihm nicht gehörende Sache zu liefern hat.

Der Umstand endlich, der die Unmöglichkeit verursacht, der also den Grund zur Unmöglichkeit legt, kann von der Natur, von der Rechtsordnung, von einer anderen Person oder vom Schuldner selbst herbeigeführt sein. Steht der letzte Fall in Frage, so berühren sich die sonst theoretisch und gewiß de lege lata auseinanderzuhaltenden Begriffe des „Nichtleistenkönnen" und „Nichtleistenwollen". Denn soweit die Mittel versagen, die dem Verpflichteten mögliche Leistung zu erzwingen, begründet auch das Nichtleistenwollen eine Un-

[1]) Auch physische Unmöglichkeit genannt; vgl. z. B. Eck, Vorträge Bd. 1 S. 267.

[2]) So Titze a. a. O. S. 67. Als „Substrat der vom Schuldner zu entfaltenden Tätigkeit" bezeichnet er den „Gegenstand, an welchem er, mit welchem er, in welchem er tätig werden soll".

möglichkeit der Leistung, — freilich nicht vom Standpunkte des Gesetzes aus.

Von dem Grunde der Unmöglichkeit hängt wesentlich die Beantwortung der Frage ab, wer die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten hat.

§ 11.

Die Unmöglichkeit bei der Unterlassensverpflichtung.

Aus der Unmöglichkeit des Unterlassens ergibt sich logischerweise die Notwendigkeit des Tuns, denn „nicht nicht tun“ ist gleich „tun“; die eine Negation hebt die andere auf. Hiergegen läßt sich nichts einwenden. So wird auch in der Bedingungslehre eine conditio in non faciendo impossibilis zu den Beispielen der notwendigen Bedingungen gerechnet. Die üblichen Schulbeispiele der römischen Juristen „in coelum non ascendere, digito coelum non tangere“ ergeben ein unbedingtes Rechtsgeschäft.[3])

Betrachten wir zunächst in bezug auf die Unterlassensverflichtung die Unterscheidung zwischen logischer und juristischer Unmöglichkeit, so muß sich sofort ergeben, daß rein logisch die Unmöglichkeit des Unterlassens nie vorliegen kann. In diesem Sinne wird jeder einer Pflicht zum Unterlassen, also zu einem lediglich passiven Verhalten, stets und überall genügen können, denn hierzu „reichen die Kräfte immer aus“, wenn man so sagen darf. Selbst der Verpflichtung, nicht zu essen, kann im logischen Sinne genügt werden; man kann

---

[3]) vgl. l. 7 D. de verbor. oblig. 45, 1: „Impossibilis conditio cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat, aliter atque si talis conditio inseratur stipulationi ‚si in caelum non ascenderit‘; nam utilis et praesens est et pecuniam creditam continet. l. 8 eod. tit. . . . sed cum eo, qui ita promisit ‚si intra kalendas digito caelum non tetigerit‘, agi protinus potest.“

trotz des körperlichen Bedürfnisses der Nahrungsaufnahme sehr wohl willenskräftig genug sein, dem Körper die Nahrung zu verweigern. Vorausgesetzt wird hierbei natürlich, daß dem Verpflichteten die Sättigung an sich möglich ist. Immer muß aber der Wille, d. h. die Fähigkeit freien Wollens, vorhanden sein; sobald etwas unbewußt geschieht oder der Wille durch unwiderstehlichen Zwang gebeugt wird, kann man nicht mehr von einer Verpflichtung und von deren Verletzung reden. Der Ertrinkende, der, schon ohne bewußt zu handeln, sich an ein ihm zugeworfenes Tau klammert, der Mensch, welcher vom Schlaf befallen wird, beherrscht mit seinem Willen den Körper nicht mehr. Die Verletzung der Pflicht in solchen Fällen ist keine freigewollte, wie sie allein für uns in Betracht kommt.

Anders ist es dagegen mit der juristischen Unmöglichkeit. Diese ist, wie wir gesehen haben, vorhanden, wenn die Erfüllung der Verpflichtung eine derart hohe Anspannung der Kräfte erfordern würde, daß sie dem Schuldner billigerweise nicht zuzumuten ist. Das heißt übertragen auf die Unterlassenspflicht: wenn die Überwindung der Neigung zum Handeln eine so große Energie erfordert, daß sie nach Billigkeit nicht verlangt werden kann. In dieser Übertragung liegt schon die Feststellung, daß auch bei Unterlassensverpflichtungen eine juristische Unmöglichkeit sehr wohl denkbar ist. Ein Beispiel mag dies illustrieren. Fräulein A hat versprochen, sich in der Stadt X nicht sehen zu lassen. Sie lernt an anderer Stelle Herrn B kennen und lieben, der in X Wohnsitz und Stellung hat. Soll Fräulein A der Ehe mit Herrn B entsagen oder von B verlangen — womit die Eheschließung wieder in Frage gestellt würde —, daß er seine Stellung in X aufgebe? Hier liegt offenbar juristische Unmöglichkeit der von der A eingegangenen Unterlassungsverpflichtung vor.

Bisher ist davon ausgegangen, daß Unmöglichkeit des

Unterlassens gleichbedeutend ist mit Notwendigkeit des Tuns. Bei rein logischer Durchführung dieses Schlusses ergibt sich, daß eine Unterlassensverpflichtung nur dann unmöglich werden kann, wenn die Notwendigkeit des Tuns gegeben ist.[1]) Da diese aber einen in der Person des Schuldners liegenden Grund darstellt, so müßte bei Unterlassensverpflichtungen eben der Grund der Unmöglichkeit stets in der Person des Verpflichteten liegen, und die Unmöglichkeit könnte niemals durch die Existenz eines außerhalb der Person des Schuldners vorhandenen Substrats bedingt sein.[2]) Und doch sind so viele Fälle denkbar, in denen die Untätigkeit des Verpflichteten sich nur auf einen bestimmten Gegenstand, ein bestimmtes Ereignis beziehen soll.

Ein Beispiel solcher Art gibt ein pactum de non licitando. A hat sich B gegenüber verpflichtet, bei einer bevorstehenden Auktion nicht mitzubieten. Die Auktion findet aber gar nicht statt.

Es ist gewiß, daß in diesem Falle der Schuldner seiner Pflicht zu der Unterlassung, nämlich nicht zu bieten, nachkommen kann. Zu berücksichtigen ist jedoch, daß seine Untätigkeit ganz ihre Beziehung verliert zu der Gelegenheit, bei der sie prästiert werden sollte. Trotz der Möglichkeit des Unterlassens liegt nicht die Notwendigkeit des Tuns vor. Der Schuldner kann zwar handeln, aber auch sein Handeln würde in keiner Beziehung zu dem Substrat stehen.

---

[1]) So Schollmeyer, Komm. zum B.G.B. Bd. 2: Recht der Schuldverh. 1. Hälfte S. 96 oben: „Bei Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen, könnte von Unmöglichkeit höchstens dann die Rede sein, wenn in der Person des Schuldners Zwangsumstände vorlägen, die ihn zur Vornahme der Handlung nötigten.“ — Vgl. auch die Ausführungen bei Treitel a. a. O. § 9.

[2]) Dieser Ansicht ist auch Titze a. a. O. S. 70, 3.

Aus diesen Gesichtspunkten heraus gelangt Wendt[1]) — und nach ihm Treitel — zu der Ansicht, daß auch Unterlassensverpflichtungen ein Substrat voraussetzen und infolge Fortfalls dieses Substrats unmöglich werden können. Er führt aus:

> „In solchen Fällen kann es sich in der Tat ergeben, daß das Versprechen nicht mehr erfüllt werden kann, freilich nicht im Sinne einer Notwendigkeit der Zuwiderhandlung, sondern als Unmöglichkeit sowohl von Erfüllung als von Nichterfüllung."

Und weiter:

> „Im Leben würde man wohl sagen, das Versprechen sei gegenstandslos geworden; die juristische Formel dafür wäre aber doch Unmöglichkeit der Erfüllung."

Die Meinungsverschiedenheit, die in diesen Fragen zutage tritt, ist erklärlich, weil sie eine Folge der vom Gesetz vorgenommenen Erweiterung des Leistungsbegriffes ist. Sie erweist zugleich die Unrichtigkeit, welche in der Gleichstellung der positiven Leistungen mit den Unterlassungen liegt. Diese Gleichstellung spricht zunächst zweifellos für die Ansicht Wendts. Weshalb soll nicht — ebenso wie die in einem Tun bestehende Leistung — auch die Unterlassung ein Substrat voraussetzen, wenn die Unterlassung eine Leistung ist!

Tatsächlich setzt aber die Unterlassung gar kein Substrat voraus. Die in einem dare oder facere bestehenden Leistungen sind begrifflich an ein solches gebunden, denn ein Geben oder Tun ohne eine gegenständliche Beziehung ist etwas Sinnloses. Das Unterlassen hingegen ist ein abstrakter Begriff. Um Inhalt einer Rechtspflicht zu werden, bedarf

---

[1]) Wendt, Unterl. und Vers. S. 57 in der Mitte. — Ebenso Treitel a. a. O. S. 44.

die Unterlassung zwar auch einer räumlichen, zeitlichen oder gegenständlichen Beziehung, diese ist jedoch begrifflich keine Voraussetzung, sondern nur eine Einschränkung des Unterlassens. Mit allgemein negativem Verhalten genügt man stets auch der konkreten Unterlassungspflicht, nicht aber wird eine positive Leistung erfüllt durch ein allgemeines dare oder facere.

Mit dem Fortfall ihrer gegenständlichen Beziehung muß die Erfüllung einer positiven Leistung unmöglich werden, an ihre Stelle tritt die Notwendigkeit der Nichterfüllung; einer Pflicht zum Unterlassen kann immer genügt werden, selbst wenn der Schuldner handelt. Er darf nur nicht zuwiderhandeln, d. h. seine Betätigung darf nicht die in der eingegangenen Verpflichtung formulierte gegenständliche Beziehung haben. Der Wegfall des Substrats führt hier nicht die Unmöglichkeit der Erfüllung, sondern die Unmöglichkeit der Zuwiderhandlung herbei. Das Substrat ist mithin nicht Voraussetzung der Unterlassung, sondern vielmehr der Zuwiderhandlung.

Dies bestätigt nur den bereits früher[1]) ausgesprochenen Satz, daß bei der Unterlassungspflicht nicht die Erfüllung, sondern lediglich die Zuwiderhandlung in Frage kommt. Hält man hieran fest, dann braucht man nicht — mit Wendt — einen so umhaltbaren Begriff wie den der Unmöglichkeit zugleich von Erfüllung und Nichterfüllung.

Diejenigen, die — wie Schollmeyer und Titze — richtig erkannt haben, daß bei Unterlassungspflichten die Unmöglichkeit niemals durch den Wegfall eines außerhalb der Person des Verpflichteten liegenden Substrats herbeigeführt werden kann, müssen immerhin zugeben, daß Fälle einer gegenständlichen Beziehung der Unterlassung denkbar, ja nach

---

[1]) vgl. S. 17 der Abhandlung.

dem im § 2 Gesagten sogar die Regel sind. Wenn sie in solchen Fällen die Erfüllung der Verpflichtung folgerichtig trotz des Wegfalls jener Beziehung für möglich erachten, so ist allerdings nicht mehr einzusehen, wie sie in der Erfüllung der Unterlassungsverpflichtung noch eine Leistung erblicken können. Hat die Untätigkeit des Schuldners ganz ihre gegenständliche Beziehung, z. B. ihre Beziehung zu dem Auktionstermine, verloren, so trägt sie doch auch gar nicht mehr den Charakter einer Leistung an sich, besonders im Hinblick darauf, daß ihr eine Gegenleistung entsprechen wird. Nimmt man selbst die Erfüllung als geschehen an, liegt darin ein Äquivalent für die Empfangnahme oder das Zurückbehalten der Gegenleistung? Auf welchen rechtlichen oder wirtschaftlichen Vorteil hat der Schuldner verzichtet, welchen Nutzen hat der Berechtigte aus der Erfüllung gezogen oder ziehen können? Man setze z. B. den Fall, daß der Verpflichtete den Fortfall der gegenständlichen Beziehung seiner Unterlassenspflicht selbst verschuldet oder gar absichtlich herbeigeführt hat, um den Berechtigten zu schädigen. Hier lassen uns dann die Bestimmungen über Erfüllung und Leistung glänzend im Stich.

§ 12.

Unmöglichkeit und Unvermögen.

Das gemeine Recht unterschied zwei Hauptarten der Unmöglichkeit: die subjektive und die objektive Unmöglichkeit. Als objektive bezeichnete man diejenige Unmöglichkeit, die für jeden besteht, als subjektive die nur für den Verpflichteten bestehende.[1])

---

[1]) Die Bezeichnung stammt von Savigny, Obligationenrecht Bd. 1, 1851 S. 384. Ebenso Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht 1. Abt.: die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse 1853 S. 5.

Mit dieser Unterscheidung ging das gemeine Recht auf l. 137 §§ 4—6 D. de verbor. oblig. 45,1 als gesetzliche Grundlage zurück, wo Venuleius der impossibilitas die causa difficultatis gegenüberstellt.[1])

Wenngleich das gemeine Recht mit seinen Begriffen der subjektiven und objektiven Unmöglichkeit dem Sinne nach auf dem Boden der Quellen steht, so ist jedoch die Bezeichnung dieser Begriffe insofern unrichtig und irreführend gewesen, als man damit, wenigstens dem Wortlaute nach, die römisch-rechtlichen Begriffe impossibilitas und difficultas unter den gemeinsamen Oberbegriff „Unmöglichkeit" gebracht hat, wodurch der Anschein erweckt wird, als seien impossibilitas und difficultas „Arten" der Unmöglichkeit. Und doch ist es auch unseres Erachtens[2]) klar, daß den Römern nur die impossibilitas als das galt, was wir „Unmöglichkeit"

---

[1]) Die Stelle lautet: § 4 „Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit confestim teneatur an vero esset obligatio donec pecuniam conferri possit. quid ergo, si neque domi habet neque inveniat creditorem? sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi: est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum, quae promittuntur . . . et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat . . . § 5: Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alii possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit. § 6: Cum quis sub hac condicione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit vel forum aut basilicam et huiusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictae sint: ubi omnino conditio iure impleri non potest vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea conditio, quae natura impossibilis est, inserta esset . . . usw.

[2]) vgl. hierüber die Ausführungen bei Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich 1900 S. 4. ff.

im eigentlichen Sinne nennen, und daß die causa difficultatis eben als etwas von der impossibilitas Verschiedenes hervorgehoben wurde. Denn Venuleius sagt in der lex cit. doch ausdrücklich, daß bei der difficultas die Leistung „alii possibilis“ sei.

Das Bürgerliche Gesetzbuch schließt sich ebenfalls eng an die römischen Quellen an, ist aber in seiner Wortfassung ungleich glücklicher gewesen als das gemeine Recht, indem es in beinahe wörtlicher Übersetzung die römische impossibilitas allein als „Unmöglichkeit“, die römische difficultas aber als Unvermögen des Schuldners zur Leistung bezeichnet.[1])

Für die Identität dieser Begriffe mit denen der zitierten Quellenstelle sprechen sich auch die Motive zum ersten Entwurf aus; denn sie betonen ausdrücklich,[2]) daß der Entwurf unter Unmöglichkeit der Leistung nur die objektive Unmöglichkeit verstehe. Der objektiven Unmöglichkeit stehe das nur subjektive Unvermögen des Schuldners zur Leistung gegenüber, welches vorliege, wenn das Vermögen des Schuldners nicht hinreiche, die Erfüllung zu bewirken.

Einige Schriftsteller setzen auch wohl die difficultas des Venuleius als ein Drittes neben die Begriffe der objektiven und subjektiven Unmöglichkeit. So Dernburg,[3]) welcher difficultas mit „Schwierigkeit der Erfüllung“ übersetzt. Es muß zugegeben werden, daß die Abtrennung noch eines dritten Begriffes möglich und wohl auch gerechtfertigt ist, wir sind jedoch mit Kleineidam[4]) der Ansicht, daß die difficultas der l. 137 D. 45, 1 dasselbe ist wie die subjektive Unmög-

---

[1]) cf. B.G.B. § 275 Abs. 2.

[2]) Bd. 2 S. 44 und 45.

[3]) Pandekten Bd. 2 § 16 S. 45.

[4]) vgl. die Ausführungen dort S. 7 ff. Ebenso Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse 1853 S. 13.

lichkeit des gemeinen Rechts. Jedenfalls stimmt aber auch Dernburg darin mit uns überein,[1]) daß das Unvermögen des Bürgerlichen Gesetzbuchs identisch ist mit der subjektiven Unmöglichleit des gemeinen Rechts. Hierin lassen ja auch die Motive keinen Zweifel übrig, denn sie führen an der oben zitierten Stelle weiter aus[2]):

> „Ein solches (subjektives Unvermögen) liegt nicht vor, wenn es bei der Leistung auf die Person des Schuldners ankommt und die Leistung objektiv unmöglich geworden ist, wohl aber dann, wenn das Vermögen des Schuldners nicht hinreicht, die Erfüllung zu bewirken, mag diese Leistung in Geld oder anderen Sachen und Rechten oder in der Vornahme einer Handlung bestehen."

Hier ist also gleichfalls das alii possibile als Kriterium betont. Der Erfüllung einer Verbindlichkeit können sich aber sehr wohl in der Person des Schuldners liegende Schwierigkeiten entgegenstellen, ohne daß, wie z. B. bei persönlichen Dienstleistungen, die Erfüllung alii possibilis ist.

§ 13.

Unvermögen bei Unterlassungsverpflichtungen.

Die subjektive Unmöglichkeit oder das Unvermögen des Schuldners zur Leistung ist also die nur für den Schuldner bestehende Unmöglichkeit. Bei ihr ist die Leistung an sich möglich, sie kann dort durch Dritte bewirkt werden.

Ein solches Unvermögen kann es aber bei Unterlassensverbindlichkeiten nicht geben. Eine Unterlassung, die durch

---

[1]) l. c. S. 45 Anm. 5 a. Ebenso Ubbelohde im Archiv für die civil. Praxis Bd. 85 S. 119; Biermann in der Zeitschrift f. d. civil. Praxis Bd. 91 S. 83. Anders Eck, Vorträge Bd. 1 S. 267, 268.

[2]) Bd. 2 S. 45.

den Schuldner nicht prästiert werden kann, kann als solche nie von anderen gewährt werden, denn wenn der Schuldner nicht unterlassen kann, so muß er zuwiderhandeln, und dieses Handelnmüssen macht die Unterlassung in concreto für jeden, also objektiv unmöglich.

Auch dann, wenn man — entgegen unserer Ansicht — Fälle für möglich hält, in denen sich als Unmöglichkeit der Unterlassung nicht die Notwendigkeit des Tuns ergibt, vielmehr der Wegfall des Substrats, das die Unterlassungspflicht voraussetzt, die Unmöglichkeit begründet, liegt stets objektive Unmöglichkeit vor. Denn der Untergang der Sache oder Person, der Fortfall der Gelegenheit entzieht jedem die Möglichkeit, der an das jeweilige Substrat gebundenen Unterlassungspflicht zu genügen.

Somit kann bei Unterlassenspflichten von einer subjektiven Unmöglichkeit und folglich von einem Unvermögen gar nicht erst gesprochen werden; jede Unmöglichkeit muß notwendig eine objektive sein, weil jede Unmöglichkeit, die für den Verpflichteten besteht, auch für jeden Dritten besteht. Dieser Erkenntnis wird auch von den meisten Schriftstellern Ausdruck gegeben, soweit sie sich überhaupt mit der Frage beschäftigt haben.[1])

Wendt[2]) jedoch, bei dem als Erstem sich eine ausführlichere Erörterung findet, kennt auch ein Unvermögen des Schuldners zu Unterlassungen, aber sein „Unvermögen“ deckt sich hier nicht mit der subjektiven Unmöglichkeit des gemeinen Rechts und folglich mit dem Unvermögen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

---

[1]) So insbesondere Kleineidam a. a. O. S. 12; Schollmeyer a. a. O. S. 96 (im Anschluß an die bereits in Anm. 1 zu S. 29 zitierte Stelle).

[2]) Wendt, Unterl. und Vers. S. 58 ff. S. zu der Frage noch Paasche a. a. O. S. 36.

Wir lassen ihn selbst sprechen:

„Zahlreicher sind nun aber die Beispiele, in denen sich der Schuldner auf ein unverschuldetes Unvermögen zur Leistung mit Recht wird berufen können. Auch dadurch soll ja die Befreiung des Schuldners herbeigeführt werden, als Folge des Grundsatzes, daß der Schuldner nur gewisse Umstände zu vertreten braucht und auch bei der Überwindung von Hindernissen und Schwierigkeiten seine Energie nur so weit anzuspannen nötig hat, daß ihm ein Verschulden nicht zur Last gelegt werden kann. Unvermögen zur Leistung heißt also, daß die Schwierigkeiten der Erfüllung größer sind, als die Kräfte des Schuldners trotz ordnungsmäßiger Anspannung zu überwinden vermögen."

Wendt versteht mithin unter Unvermögen des Schuldners zur Leistung das, was wir oben[1]) als juristische Unmöglichkeit bezeichnet haben. Das dort angezogene Beispiel entspricht in seinem Tatbestande völlig den Ausführungen Wendts, nur daß bei diesem noch das Moment des Verschuldens hineinspielt, welches bei ihm an jener Stelle zur Untersuchung steht. Nach dem vorhin Dargelegten befindet sich diese Begriffsbestimmung aber nicht in Einklang mit dem Gesetze, dem das Unvermögen des Schuldners zur Leistung die subjektive Unmöglichkeit des gemeinen Rechts ist.

Zu dem gleichen Resultat, nämlich, daß es bei Unterlassensverbindlichkeiten keine subjektive Unmöglichkeit geben kann, müssen auch diejenigen kommen, die ausdrücklich alle Unterlassensverpflichtungen als höchstpersönliche Leistungen bezeichnen.[2]) Die Begründung ist nur eine dementsprechend

[1]) S. 23 und 28.

[2]) So z. B. Titze a. a. O. S. 70, 3: „Da die lediglich in einem Unterlassen bestehenden Leistungen vom Schuldner stets in Person zu

andere, führt aber zu demselben Ergebnis. Von höchstpersönlichen Leistungen ist es gewiß einleuchtend, daß sie, wenn sie für den Schuldner unmöglich sind, überhaupt unmöglich sein müssen.[1])

Die praktischen Folgen, die sich aus dem Wegfall der bisher erörterten Unterscheidung für Unterlassungsverpflichtungen ergeben, bereits jetzt zu entwickeln, muß als nicht zweckmäßig erscheinen, bevor wir nicht mindestens auch die Unterscheidung der Unmöglichkeit in eine ursprüngliche und nachfolgende zur Besprechung herangezogen haben.

§ 14.

Die ursprüngliche und die nachträglich eintretende Unmöglichkeit.

Ebenfalls aus dem gemeinen Recht übernommen und mit wichtigen Folgen ausgestattet hat das Bürgerliche Gesetzbuch die Unterscheidung von ursprünglicher und nachträglich eintretender Unmöglichkeit der Leistung. Die eine oder die andere liegt vor, je nachdem die Unmöglichkeit vor oder nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eingetreten ist. Der Zeit-

---

prästieren sind, andererseits kein außerhalb derselben liegendes Substrat voraussetzen, so kann bei ihnen, soweit hier die Unmöglichkeit der Leistung überhaupt eine Rolle spielt, immer nur von objektiver Unmöglichkeit der Erfüllung die Rede sein." Hierzu muß bemerkt werden: Gerade die von Titze mit Recht geleugnete Möglichkeit, daß die Unterlassung ein Substrat voraussetze, würde kein Argument gegen seine oben wiedergegebene Ansicht abgeben; denn der Fortfall des Substrats, sofern dasselbe eine wesentliche Voraussetzung der Unterlassungspflicht ist, macht diese für jeden und somit objektiv unmöglich. vgl. S. 36 der Abhandlung.

[1]) s. auch die bereits auf S. 35 zitierte Stelle der Motive zum Entwurf erster Lesung Bd. 2 S. 45, wo es heißt, daß ein Unvermögen nicht vorliege, „wenn es auf die Person des Schuldners ankommt und die Leistung objektiv unmöglich geworden ist".

punkt des Eintritts der Unmöglichkeit spielt hier eine große Rolle.

Hinsichtlich der anfänglichen Unmöglichkeit gibt § 306 des B.G.B. den bereits für das römische nnd gemeine Recht geltenden Satz: „impossibilium nulla obligatio est“ [1]) wieder, indem es bestimmt: „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig. Jedoch soll gemäß § 308 die Unmöglichkeit der Leistung der Gültigkeit des Vertrages nicht entgegenstehen, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen worden ist, daß die Leistung möglich wird. Auch ist der Vertrag gültig, wenn eine unmögliche Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermines versprochen wurde und die Unmöglichkeit vor dem Eintritt der Bedingung oder des Termins gehoben wird.[2])

Bei der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit besteht zwar das Schuldverhältnis zu Recht, aber der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei. Falls aber die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen.[3])

Es braucht wohl kaum gesagt zu werden, daß auch bei Unterlassungspflichten die Unterscheidung zwischen nachträglicher und anfänglicher Unmöglichkeit gemacht werden kann.[4]) Wenn A sich einem Dritten gegenüber verpflichtet hat, in der Stadt X nicht Aufenthalt zu nehmen, so kann sowohl vor, wie nach dem die Verpflichtung begründenden Vertrags-

---

[1]) l. 185 D. de regulis iuris 50, 17.

[2]) § 308 B.G.B.

[3]) So die §§ 275 und 280 B.G.B.

[4]) Auch Treitel a. a. O. S. 46 hält bei Unterlassensverbindlichkeiten anfängliche Unmöglichkeit prinzipiell für möglich.

schluß von der maßgebenden Behörde die dienstliche Versetzung des A nach dem verbotenen Orte verfügt sein.

Ein Beispiel auch vom Standpunkte derer aus, die eine Unmöglichkeit der Unterlassung wegen Fortfall des Substrats verteidigen: Der Jagdhund Hektor kann vor oder nach dem Zeitpunkt verenden, in dem ein ihn betreffendes Veräußerungsverbot für den Erwerber obligationsmäßig festgesetzt wird. Für die Vertreter dieser Ansicht ergibt sich die Möglichkeit der Unterscheidung noch deutlicher. Kann somit auch bei Unterlassensverbindlichkeiten die Unmöglichkeit sowohl eine ursprüngliche, als eine nachträglich eintretende sein, so steht de lege lata der Anwendbarkeit der §§ 275 Abs. 1, 280 und 306 B.G.B. auf Unterlassensleistungen auch nichts im Wege. Dasselbe muß von dem § 308 gelten. Ein Vertrag, der unter diese Bestimmung fiele, würde beispielsweise das Versprechen eines zur Zeit des Vertragsschlusses in X dienenden Soldaten sein, nach Beendignng der Dienstzeit den Ort X zu meiden.

Als nicht anwendbar fortfallen muß dagegen der Abs. 2 des § 275, in dem der nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleichgestellt wird; denn wir sind im § 14 zu dem Schluß gekommen, daß von einem Unvermögen des Schuldners bei Unterlassungsverpflichtungen nicht gesprochen werden kann. Aus dem gleichen Grunde erledigt sich auch für Unterlassenspflichten die Kontroverse, die darüber entbrannt ist, ob auch anfängliches Unvermögen des Schuldners zur Leistung den auf die Leistung gerichteten Vertrag nichtig mache oder als gültig bestehen lasse, und die damit verknüpfte Frage nach der Art und dem Umfange der Schadensersatzpflicht des Schuldners.[1])

---

[1]) Das Gesetz hat für das ursprüngliche Unvermögen des Schuldners zur Leistung eine dem § 306 entsprechende Bestimmung nicht getroffen.

§ 15.

Die vom Schuldner zu vertretende und die von ihm nicht zu vertretende Unmöglichkeit.

Der Einteilung der unmöglichen Leistungen in solche, die der Schuldner zu vertreten hat, und solche, die er nicht zu vertreten hat, ist insofern wohl die größte Bedeutung beizumessen, als sie bereits die wichtigsten Rechtswirkungen ins Auge faßt, die sich an die Unmöglichkeit der Leistung knüpfen. Je nachdem nämlich das eine oder das andere der Fall ist, bestimmt sich einmal, wer den Schaden, der durch die Nichterfüllung entsteht, zu tragen hat, ob der Gläubiger oder der Schuldner hierfür einsteht. Andererseits hängt davon auch ab, ob bei gegenseitigen Verträgen das Recht auf die Gegenleistung bestehen bleibt oder nicht.

Die Frage nun, welche Unmöglichkeit der Schuldner zu vertreten hat und welche nicht, ist natürlich rein positiv-rechtlichen Charakters. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat für die Beantwortung der Frage zunächst allgemeine Grundsätze aufgestellt, die aber für einzelne Schuldverhältnisse, z. B. Kauf, Tausch, Miete, Pacht, Werkvertrag, modifiziert sind.[1]) Da jedoch diese besonders geregelten Schuldverhältnisse als Hauptverpflichtung keine Unterlassung zum Inhalt haben können, so kommen für uns nur die allgemeinen Grundsätze in Betracht.

Die nachträglich eintretende Unmöglichkeit der Leistung hat der Schuldner dann zu vertreten, wenn er den Umstand, der die Unmöglichkeit verursachte, schuldhafterweise, das ist vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt hat.[2]) Vorsatz liegt in Handlungen, sowie in Unterlassungen, die im Bewußtsein

---

[1]) vgl. z. B. § 645 B.G.B.

[2]) B.G.B. § 276 Satz 1 in Verbindung mit § 275 Abs. 1.

ihrer rechtsverletzenden Natur geschehen.[1]) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt.[2]) Es gelten somit bei der Unmöglichkeit der Leistung die allgemeinen Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Verschulden, wie sie in den §§ 276 und 277 niedergelegt sind.

Wir haben schon oben[3]) darauf hingewiesen, daß der die Unmöglichkeit herbeiführende Umstand — der weitere Grund der Unmöglichkeit — von der Natur, der Rechtsordnung, von dritten Personen oder schließlich vom Schuldner selbst gesetzt sein kann.

Natürlich wird regelmäßig — der grundsätzlichen Geltung des Verschuldungsprinzipes entsprechend — der Schuldner die Unmöglichkeit nur dann zu vertreten haben, wenn er den Grund für die Unmöglichkeit selbst vorsätzlich oder fahrlässig herbeiführte, und zwar durch eigenen Willensentschluß, durch freies Handeln.

Gerade bei Unterlassensverpflichtungen wird sehr häufig die Notlage des Verpflichteten der die Unmöglichkeit herbeiführende Umstand sein. Hier ist dann zu untersuchen, ob sich der Verpflichtete schuldhafterweise in die Notlage gebracht hat oder nicht. Die bei Kisch[4]) zu findende Behauptung, daß der zur Konkurrenzunterlassung verpflichtete, ausgeschiedene Handlungsgehilfe sich nicht auf seine Notdürftigkeit als Unmöglichkeitsgrund berufen könne, erscheint so ohne weiteres nicht einleuchtend. Es fragt sich auch hier, ist der Handlungsgehilfe durch eigene Schuld in die Notlage gekommen, oder ist er schuldlos an seiner Lage. Vielleicht hat

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Abt. 1 S. 135.

[2]) B.G.B. § 276 Satz 2.

[3]) S. 26 der Abhandlung.

[4]) Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B.G.B. S. 162 Anm. 3.

Kisch seine Behauptung auch auf den Fall selbstverschuldeter Notdürftigkeit eingeschränkt; er müßte dann durch das Wort „ausgeschieden" haben zum Ausdruck bringen wollen, daß der Handlungsgehilfe selbst an der Auflösung des Dienstverhältnisses schuld war. Jedenfalls aber muß ihm gegenüber — unter Berufung auf frühere Ausführungen — hervorgehoben werden, daß die Notdürftigkeit stets nur dann eine Unmöglichkeit der Unterlassungspflicht bewirken würde, wenn die Notlage so groß ist, daß sie zu ertragen dem Gehilfen nicht zugemutet werden kann. In Fällen solcher Notlagen ist der größte Platz für die juristische Unmöglichkeit, die allein bei Unterlassenspflichten denkbar ist.

Dagegen müssen wir Kisch natürlich ganz zustimmen, wenn er sagt, der bloße Umstand, daß der Schuldner zur Erfüllung einer anderweitig übernommenen, privatrechtlichen Verbindlichkeit die untersagte Handlung vornehmen muß, begründe keine Unmöglichkeit der Erfüllung. Es bedarf vielmehr der weiteren Feststellung, ob die Voraussetzungen der juristischen Unmöglichkeit vorliegen, und dann erst wird zu untersuchen sein, ob der Verpflichtete die Unmöglichkeit zu vertreten hat oder nicht.

Ist der Grund zur Unmöglichkeit von dritten Personen gelegt worden, so kann in Frage kommen, ob der Schuldner für diese Personen haftet. § 278 B.G.B. bestimmt:

> „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters oder der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden."

Hat folglich eine solche Person den Grund der Unmöglichkeit herbeigeführt, so hat ebenfalls der Schuldner die Unmöglichkeit nach dem Gesetz zu vertreten. Dies gilt ohne Zweifel für unmögliche positive Leistungen.

Auf Unterlassensverpflichtungen ist der § 278, wenigstens dem Wortlaute nach, sicher nicht anwendbar. Eine Vertretung bei Unterlassenspflichten gibt es nicht, denn diese sind, wenn man bei ihnen überhaupt von einer Erfüllung sprechen will, nur von dem Schuldner in Person erfüllbar. Und Personen, „deren man sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient", sind bei Unterlassungspflichten infolge deren negativer Natur erst recht nicht denkbar.

Aus diesen Gesichtspunkten heraus erklärt Paasche[1]) den § 278 für nicht anwendbar bei Unterlassensverbindlichkeiten. Darin hat er zweifellos Recht, so wie der Paragraph gefaßt ist, paßt er nur auf positive Vertragsverhältnisse. An die Anwendung des Paragraphen auf negative Obligationen hat der Gesetzgeber ebensowenig gedacht, wie bei allen anderen Paragraphen des ersten Abschnittes. Und doch gibt es im Rechtsleben viele Fälle von Unterlassensverbindlichkeiten, für die eine dem § 278 entsprechende Bestimmung wohl am Platze wäre. Es sei hier nur ein Beispiel angeführt: Ein Weinhändler hat für die Stadt X Konkurrenzenthaltung versprochen; sein Reisender kann für ihn, sei es vorsätzlich, sei es fahrlässig, in X Geschäfte abschließen. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Prinzipal für das Verhalten des Reisenden haftet, es fragt sich nur, liegt hier die Vertretung eines vertraglichen oder eines außervertraglichen Verschuldens vor, in welch' letzterem Falle dem betreffenden Geschäftsherrn der Exkulpationsbeweis freistände.

Wendt[2]) hält in Fällen solcher Art eine Verallgemeinerung der Bestimmung des § 278 B.G.B., etwa im Sinne des § 431 H.G.B., für zulässig und angezeigt. Er sagt, gewisse Unterlassungen seien im Kontrakte sicherlich so gemeint,

---

[1]) a. a. O. S. 53.

[2]) Wendt, Unterl. u. Vers. S. 65—68.

daß nicht bloß dem Schuldner persönlich die Zuwiderhandlung verboten sei, sondern auch seinem gesetzlichen Vertreter, sowie seinen Gehilfen, verkennt dabei jedoch nicht das entgegenstehende Argument, daß ja einmal die Zuwiderhandlung nicht ein Stück der Erfüllung der Obligation, sondern das gerade Gegenteil davon ist, und daß man andererseits auch nicht immer sagen könne, daß der Schuldner sich seiner Leute zum Zwecke der Zuwiderhandlung bediene. Indes erblickt er hierin nur redaktionelle Bedenken, die der prinzipiellen Ausdehnung des § 278 in dem gewünschten Sinne nicht entgegenstehen.

Für unseren Standpunkt von Interesse sind Wendts Ausführungen insofern, als sie erkennen lassen, daß bei solchen Unterlassungsverbindlichkeiten, abweichend von den positiven Obligationen, der Prinzipal für seinen Vertreter nicht in dem Sinne einzustehen hat, daß letzterer erfülle, sondern daß er nicht zuwiderhandele. Das hebt Wendt ausdrücklich hervor, wie er überhaupt an dieser Stelle die Zuwiderhandlung als das Wesentliche bei Unterlassenspflichten betont.[1])

Legt man dieser Erkenntnis aber den gebührenden Wert bei, so muß dies zu der Konsequenz führen, daß man die Haftung für Zuwiderhandlungen eines Dritten gegen eine Vertragspflicht nicht durch eine Ausdehnung der für die Erfüllung und Leistung geltenden Bestimmungen konstruieren darf. Die Zuwiderhandlung hat mit Erfüllung und Leistung nichts zu tun, sie ist auch keine Nichterfüllung, alles aus dem einfachen Grunde, weil das Entstehen eines Anspruches und damit die Möglichkeit von Erfüllung und Leistung erst durch die Zuwiderhandlung bedingt sind. Der Unterschied in den Voraussetzungen der §§ 278 und 831 B.G.B. kann daher bei Unterlassungsverbindlichkeiten gar nicht zutage

[1]) a. a. O. S. 62 und Anm. 1 zu S. 17 unserer Abhandlung.

treten, denn dieser ganze Unterschied besteht doch nur darin, daß eine Person, die ich zu einer Verrichtung bestellte, bei Vornahme dieser Verrichtung entweder einen Schaden verschuldet, welcher der Erfüllung einer Vertragspflicht, der die Verrichtung diente, Abbruch tut, oder daß diese Person durch ihr Verschulden einen Schaden anrichtet, welcher mit der Erfüllung einer Vertragspflicht nichts zu tun hat. Da die Zuwiderhandlung eines Dritten gegen eine Vertragspflicht des Vertretenen stets in keinerlei Zusammenhang steht und stehen kann zu der Erfüllung der primären Vertragspflicht, weil eine Erfüllung dieser eben nicht denkbar ist, so kann für die Zuwiderhandlung gegen Unterlassenspflichten stets auch nur außerkontraktliches Verschulden in Frage kommen. Es würde daher die Ausdehnung des § 278 B.G.B. auf Unterlassungsobligationen nicht nur untunlich sein, sondern sich auch erübrigen.

Kehren wir nun wieder zu der Unmöglichkeit bei positiven Leistungen zurück. Eine Ausnahme von dem grundsätzlich geltenden Verschuldungsprinzip enthält der § 279 B.G.B. Er läßt bei Gattungsschulden den Schuldner auch dann für sein Unvermögen zur Leistung haften, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. Da wir einmal konstatiert haben, daß bei Unterlassensverbindlichkeiten von einem Unvermögen des Schuldners nicht gesprochen werden kann, andererseits es aber auch wohl sicherlich bei negativen Obligationen Gattungsschulden nicht gibt,[1]) so ist der § 279 auf Unterlassungspflichten für nicht anwendbar zu erklären.

Die Folgen der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit sind verschiedene, je nachdem ein einseitiger oder ein gegenseitiger Vertrag vorliegt. Wird bei einem einseitigen Vertrage die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu

---

[1]) So auch Treitel a. a. O. S. 40.

vertretenden Umstandes unmöglich, so hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen.[1])

Hat bei einem gegenseitigen Vertrage der Schuldner der unmöglichen Leistung die Unmöglichkeit zu vertreten, so kann sein Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten. Hat dagegen der Gläubiger selbst die Unmöglichkeit verschuldet, so behält der Schuldner das Recht auf die Gegenleistung.[2]) Ist schließlich der Umstand, der die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführte, von keinem der beiden Vertragsteile zu vertreten, so verliert der Schuldner der unmöglichen Leistung das Recht auf die Gegenleistung.[3])

Der Anwendbarkeit dieser die Folgen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit normierenden Bestimmungen auf Unterlassensverbindlichkeiten steht vom Standpunkt des Gesetzes aus nichts im Wege.

Die Unterscheidung der Unmöglichkeit in eine vom Schuldner zu vertretende und von ihm nicht zu vertretende ist ohne Bedeutung bei ursprünglicher Unmöglichkeit. Hier ist ja, wie wir bereits gesehen haben, der Vertrag einfach nichtig, und die etwa schon bewirkte Gegenleistung kann nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden.

Jedoch findet sich auch bei der ursprünglichen Unmöglichkeit eine Art Einstehen des Schuldners für Verschulden seinerseits. Denn gemäß § 307 ist er für den Fall, daß er bei Schließung des auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages die Unmöglichkeit der Leistung kannte oder schuld-

---

[1]) § 280 Abs. 1 B.G.B.

[2]) B.G.B. § 325 S. 1 und § 324 S. 1.

[3]) § 323 Satz 1 B.G.B.

hafterweise nicht kannte, dem Vertragsgegner zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den dieser dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut. Doch zessiert diese Ersatzpflicht, wenn auch der andere Vertragsteil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß.[1])

Eine Ersatzpflicht solcher Art ist auch bei Verträgen, die eine Unterlassung fordern, sehr wohl denkbar. Nehmen wir z. B. den Fall, A habe dem B in der Stadt X vertragsmäßig Konkurrenzenthaltung versprochen, obwohl er bereits bei Abschluß des Vertrages wußte oder zu wissen verpflichtet war, daß er demnächst als Vormund eines Dritten die Vertragspflicht werde verletzen müssen. Nun eröffnet B, der sich vor Konkurrenz sicher fühlt, in X eine Filiale seines Hauptgeschäftes, deren späteres Eingehen ihm dann empfindlichen Schaden beibringt. Zum Ersatz dieses Schadens wäre A nach B.G.B. gemäß § 307 verpflichtet.

§ 16.

Die totale und die teilweise Unmöglichkeit.

Wenn eine Leistung, sowohl was ihren spezifischen Inhalt anbelangt, als auch was die Modalitäten der Erfüllung betrifft, ganz dem Sinne des Schuldverhältnisses gemäß bewirkt wird, so ist sie eine vollständige zu nennen. Die vollständige Bewirkung der Leistung ist gewiß das der Absicht der Parteien bei Eingehung eines Schuldverhältnisses entsprechende und somit normale Ziel einer jeden Obligation. Doch da einerseits der Sinn des Menschen wandelbar und andererseits die menschliche Willensbestimmung nur allzusehr abhängig ist von Tatsachen und Ereignissen, die außerhalb unseres Wissens und Könnens liegen, so kommt es häufig

---

[1]) B.G.B. § 307 Satz 2.

vor, daß die Leistung ihrem spezifischen Inhalte nach nur zum Teil bewirkbar ist, oder daß die eine oder die andere Modalität bei der Erfüllung nicht eingehalten werden kann. Hier liegt dann nur die Möglichkeit einer teilweisen Erfüllung vor, und es wäre unbillig, sollte diese in jedem Falle die totale Nichterfüllung der Verbindlichkeit überhaupt zur Folge haben. Dies enthielte eine große Härte für den Schuldner, und es würde damit unter Umständen auch dem Gläubiger keineswegs gedient sein. Deshalb muß der Gläubiger eine solche, nur unvollständig zu bewirkende Leistung auch annehmen, ohne daß dadurch sein Anspruch auf Ersatz des ihm durch die unvollständige Erfüllung erwachsenen Schadens berührt würde, und er darf die teilweise Leistung nur dann zurückweisen, wenn sie für ihn überhaupt keinen Wert mehr hat oder eine teilweise Erfüllung gesetzlich oder vertraglich ausgeschlossen ist. Daß dies häufig der Fall sein wird und muß, tritt bei manchen Rechtsgeschäften bereits bei ihrem Abschluß in die Erscheinung; man denke hier nur an den Ausdruck „Fixgeschäfte“.

Wenn man nun folgert, daß die Möglichkeit einer nur teilweisen Erfüllung meist in einem teilweisen Unmöglichwerden der Leistung ihren Grund hat, so entspricht dies nur der Reziprozität der Begriffe. Die Unmöglichkeit der Leistung ist eine teilweise, wenn sie sich inhaltlich nur auf einen Teil der Leistung bezieht oder nur Modalitäten der Erfüllung betrifft. Totale Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Leistung überhaupt nicht zu bewirken ist. Der totalen Unmöglichkeit steht die nur teilweise gleich, wenn auf den Inhalt der Leistung als Ganzes oder auf die eine oder die andere Erfüllungsmodalität ein derartiger Wert gelegt ist, daß ein auch nur teilweises Unmöglichwerden der Leistung in dieser oder jener Richtung jedes Interesse des Gläubigers an der Leistung überhaupt erlöschen läßt.

Diese Ausführungen faßt Mommsen[1]) in folgende Sätze zusammen:

> „Die Unmöglichkeit kann sich endlich auf die Leistung in ihrem ganzen Umfange beziehen oder nur auf einen Teil derselben. . . . Zu der teilweisen Unmöglichkeit ist auch die Unmöglichkeit zu rechnen, welche sich auf gewisse Modalitäten der Leistung bezieht, z. B. Eigenschaften des zu leistenden Gegenstandes, Zeit und Ort der Leistung. Insofern ist also auch die zeitweilige Unmöglichkeit nur als eine teilweise zu betrachten."

Mit den Erörterungen über totale und teilweise Unmöglichkeit steht die Frage nach der Teilbarkeit oder Unteilbarkeit der Leistung in engem Zusammenhang. Zwar ist nicht zu unterstellen, daß nur eine teilbare Leistung teilweise unmöglich werden kann, denn die Teilbarkeit bezieht sich nur auf den spezifischen Inhalt der Leistung, und wir wissen, daß auch Modalitäten der Erfüllung eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung zu begründen imstande sind. Wohl aber bestimmt sich nach der Teilbarkeit oder Unteilbarkeit — wenigstens regelmäßig —, ob der Gläubiger bei teilweiser Unmöglichkeit den noch möglichen Rest der Leistung annehmen muß oder zurückweisen kann.[2])

Es ist nun zu untersuchen, ob man auch bei Unterlassensverbindlichkeiten von einer teilweisen Unmöglichkeit sprechen kann.

Was zunächst die Modalitäten der Erfüllung anbelangt, so kann davon bei Unterlassungsverpflichtungen kaum die Rede sein und somit eine teilweise Unmöglichkeit in dieser Richtung

---

[1]) Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht Abt. 1 S. 8.

[2]) s. hierzu Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des B.G.B. 3. Aufl. 1900 Bd. 1 S. 303 oben.

nicht begründet werden. Wir werden hier hauptsächlich an den Erfüllungsort und die Erfüllungszeit denken, und da ist doch zu sagen, daß diese bei Unterlassenspflichten ebenso in Fortfall kommen, wie bei den im Gegensatz dazu stehenden positiven Leistungen auf ein Tun im engeren Sinne, das heißt beim Leisten persönlicher Dienste. Denn hier wie dort ist die Orts- und Zeitbestimmung ein wesentliches, den spezifischen Inhalt der Verpflichtung mit ausmachendes Moment. Drückt dies doch auch schon der Volksmund aus, wenn er in Beziehung auf Dienstmiete oder ähnliche Verhältnisse sagt: „ich miete mir seine Zeit" oder „ich nehme seine Zeit in Anspruch". Fällt bei einer Unterlassung die zeitliche oder örtliche Beziehung fort, so greift dies den spezifischen Inhalt der Unterlassung selbst an. Die zeitliche und örtliche Beziehung kann daher auch keine bloße Modalität der Erfüllung einer Unterlassungsverbindlichkeit sein.

Die Frage, ob eine Unterlassungspflicht ihrem spezifischen Inhalt nach teilbar sein und somit teilweise unmöglich werden könne, wird von einigen Schriftstellern direkt verneint,[1]) von anderen jedoch mit größeren oder geringeren Einschränkungen bejaht. Die Verschiedenheit des Resultats ist wohl hauptsächlich in der verschiedenen Definition des Begriffes der „Unteilbarkeit" einer Leistung zu finden. Auch ist vor allem bei den Erörterungen über die Teilbarkeit und Unteilbarkeit der Unterlassung fast ausschließlich Rücksicht genommen worden auf den Fall, daß mehreren Gläubigern oder von mehreren Schuldnern ein Unterlassen geschuldet wird.[2])

[1]) So Endemann, Lehrb. d. bürgerl. Rechts 8. Aufl. 1903 Bd. 1 S. 676. — Wendt, Unterl. und Vers. S. 76 findet schon in den Pandekten die Unterlassungen zu den unteilbaren Leistungen gerechnet und beruft sich zum Beweis hierfür auf l. 85 § 3 D. de verbor. oblig. 45,1.

[2]) Nur in dieser Richtung stellt die Unteilbarkeit der Unterlassenspflichten fest Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Abt. 1 S. 19, allgemein ebendort S. 107 oben.

Gewiß ist die Frage, ob eine Leistung zwischen mehreren Schuldnern oder Gläubigern teilbar sei, keineswegs als identisch anzuerkennen mit der Frage nach der Teilbarkeit überhaupt. Bemerkenswert in dieser Beziehung ist ein Satz bei Windscheid[1]), daß, wenn der Inhalt der Leistung ein Unterlassen sei, die Verpflichtung zwischen den mehreren Schuldnern selbst dann sich nicht teile, wenn die Leistung an sich teilbar sei. Windscheid nimmt also bei Unterlassungen eine Teilbarkeit als möglich an.

Man kann sich der Einsicht nicht verschließen, daß in Fällen bestimmter Art eine Teilbarkeit auch bei Unterlassungspflichten denkbar ist. Eine Teilbarkeit ist nämlich dann zu konstruieren, wenn das Unterlassen irgendwelcher Handlungen für einen längeren Zeitraum ununterbrochen zu prästieren ist; bei einem solchen Verpflichtungsverhältnis trägt, ähnlich wie bei der Dienstmiete, „die Zeit, in der geleistet wird, ihren Wert in sich".[2]) Mit der Teilbarkeit der Zeit ist hier auch eine Teilbarkeit der Leistung gegeben.

Fälle solcher Art sind die einzigen und stets wiederkehrenden Beispiele, an denen die Verfechter der Teilbarkeit von Unterlassungen die begriffliche Möglichkeit einer solchen erweisen. Das Kriterium der Teilbarkeit einer Obligation, auf solche Beispiele angewandt, bestätigt die Richtigkeit ihrer Ansicht. Denn in Fällen solcher Unterlassungsverbindlichkeiten kann niemand die Möglichkeit in Abrede stellen, daß der vom Gläubiger mit der Obligation verfolgte Zweck durch teilweise Erfüllung teilweise und verhältnismäßig erreicht wird.[3]) In diesem Sinne spricht sich auch eine von Wendt angeführte einschlägige Entscheidung des Reichsoberhandels-

---

[1]) Windscheid, Pandekten Bd. 2 § 300 sub Nr. 2 S. 213.

[2]) So Titze a. a. O. S. 49 unten.

[3]) vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Abt. 1 S. 105/106.

gerichts aus.[1]) Es handelt sich dort um einen Fall, wo die auf lange Jahre hinaus eingegangene Verpflichtung, einer Zeitung keine Konkurrenz zu machen, für einen verhältnismäßig kurzen Zeitraum verletzt worden war. Der Zuwiderhandelnde wurde auf die stipulierte Vertragsstrafe verklagt und verlangte Herabminderung der Strafsumme, weil er die Verpflichtung doch zum größten Teile erfüllt habe. Diesem Verlangen wurde im Urteil entsprochen und dabei zur Begründung ausgeführt:

> „Die Voraussetzung, daß eine nur teilweise Erfüllung ausgeschlossen ist, trifft keineswegs bei allen Verbindlichkeiten zu, die in einem Nichttun bestehen. Namentlich müssen derartige Verbindlichkeiten dann zu den teilbaren gezählt werden, wenn, wie im vorliegenden Falle, die Unterlassung nicht allein auf eine bestimmte Zeitdauer beschränkt ist, sondern auch das an die Unterlassung sich knüpfende Interesse des Gläubigers mit der betreffenden Zeitfrist in einem solchen Zusammenhang steht, daß ähnlich, wie bei einem Pacht- oder Mietsverhältnis, im Falle der Erfüllung der Verbindlichkeit während eines Teiles der Frist der für den Gläubiger an die Erfüllung sich knüpfende Vorteil zum entsprechenden Teile erreicht ist."

Mag man die Richtigkeit aller dieser Erwägungen auch zugeben, so muß man doch berücksichtigen — und das ist gerade für unseren Standpunkt von Wichtigkeit —, daß diese Ausführungen bereits von der Anschauung als gegebener Grundlage ausgehen, daß die Unterlassung gleichfalls eine Leistung und daß auch bei negativen Obligationen Erfüllung

---

[1]) Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 20 (1877) S. 184.

und Leistung passende Begriffe seien. Diejenigen Schriftsteller, die von einem allgemeineren Gesichtspunkte Ausgang nehmend einsehen, daß die negative Natur der Unterlassung einer Teilbarkeit begrifflich im Wege steht, müssen nach anderen Gründen für die von ihnen behauptete Möglichkeit der Teilbarkeit von Unterlassungen suchen. Hier ist hauptsächlich v. Savigny zu nennen.[1]) Nach ihm sind auch die Obligationen auf ein Unterlassen bald teilbar, bald unteilbar, je nach der natürlichen Beschaffenheit der Handlung, deren Unterlassen den Gegenstand der Obligation bildet.[2]) Windscheid[3]) erklärt die Leistung, die ein Unterlassen zum Inhalt hat, dann für teilbar, wenn der Erfolg, der nicht bewirkt werden soll, in Bruchteilen dargestellt werden könne.

Beide ermessen also die Teilbarkeit der Unterlassung nicht an letzterer als solcher, sondern vielmehr an dem Gegenteil derselben, an der Handlung, die unterlassen werden, an dem Erfolg, der nicht bewirkt werden soll, d. i. die die Verpflichtung verletzende Zuwiderhandlung. Auch sie können folglich auf die Übersetzung der Unterlassung ins Positive nicht verzichten. Darin kann aber nicht etwa ein Argument dafür gefunden werden, daß es richtig war, die Unterlassung unter den positiven Begriff Leistung zu bringen. Das hieße die Dinge auf den Kopf stellen. Vielmehr beweist eine solche künstliche Begründung von Teilbarkeit bei Unterlassungen und das schroffe Gegenüberstehen der hierüber vorhandenen Ansichten, sowie deren verschiedenartige Argumentation im Gegenteil nur, daß die Begriffe von Teilbarkeit und Unteilbarkeit

---

[1]) v. Savigny, Obligationenrecht Bd. 1 S. 345.

[2]) Dasselbe findet sich auch bei Hasenöhrl, Österreichisches Obligationenrecht 2. Aufl. 1892 Bd. 1 § 13, 3 zwar nicht ausdrücklich gesagt, aber gelegentlich anderer Erörterungen vorausgesetzt.

[3]) s. die Fortsetzung der bereits Anm. 1 zu S. 52 zitierten Stelle in den Pandekten Bd. 2 § 300 Ziffer 2; ferner § 253 Bd. 2 S. 14—17.

der Leistung eben auf Unterlassungen nicht passen, sondern nur auf positive Leistungen anwendbar sind, und daß bei Unterlassenspflichten nicht Fälle einer teilweisen Erfüllung, sondern nur Fälle einer mehr oder weniger umfangreichen Zuwiderhandlung vorkommen können.

Zu welch gekünstelten Ergebnissen die Behandlung der Unterlassungen als negativer Leistungen führt, zeigen die Ausführungen bei Treitel.[1]) Dieser sieht gleichfalls die Notwendigkeit ein, die Teilbarkeit der Unterlassung wegen ihrer negativen Natur zu verneinen. Um aber trotzdem eine Teilbarkeit in Fällen der in der Reichsoberhandelsgerichtsentscheidung vorgeführten Art zu konstruieren, unterscheidet er die Bewirkung der Leistungspflicht von der Leistungspflicht selbst und erklärt die letztere für unteilbar, die erstere dagegen für teilbar. Was liegt in dieser neueingeführten Unterscheidung aber wieder anderes, als eine Übersetzung der Unterlassung ins Positive?

Die Zuwiderhandlung ist das, was immer wieder in den Vordergrund tritt. Warum will man sie nicht als das an Stelle der Erfüllung und Leistung tretende Moment anerkennen? Kann man in den Fällen dauernder Verpflichtung zum Unterlassen nicht ebensogut von teilweiser Verletzung der Pflicht und von Teilbarkeit der Zuwiderhandlung reden, wie von Teilbarkeit der Leistung und teilweiser Erfüllung? Teilbar ist doch begrifflich schließlich nur die Zeit, für die eine pflichtmäßige Gebundenheit besteht. Diese Zeit kann zum Teil durch obligationsgemäßes, zum Teil durch obligationswidriges Verhalten ausgefüllt werden, das seinerseits wieder nach der Zeit teilbar ist. Liegt für einen Teil der Zeit die Notwendigkeit zu einem pflichtwidrigen Verhalten vor, so ist es de lege ferenda ein einseitiger Standpunkt, hier von einer teilweisen

---

[1]) Treitel a. a. O. S. 34 in der Mitte.

Unmöglichkeit der Unterlassungspflicht zu reden. Mit demselben Rechte kann man, wenn beispielsweise im Momente der Verletzung der Pflicht die Unterlassung bereits einen längeren Zeitraum hindurch prästiert worden ist, von teilweiser Unmöglichkeit der Zuwiderhandlung sprechen. Aus der Feststellung, daß solche Unterlassungen, wie auch die dagegen gerichteten Zuwiderhandlungen teilbar sind, ist daher noch nicht die Folgerung berechtigt, daß nun auch teilweise Unmöglichkeit der Leistung im technischen Sinne vorliege und die hierfür geltenden Vorschriften Anwendung zu finden hätten.

Davon sagt auch die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts gar nichts. Sie konstatiert nur, daß gewisse Unterlassungsverbindlichkeiten zu den teilbaren Verbindlichkeiten gezählt werden müssen, folgert im übrigen aber gar nicht daraus, daß eine teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung gegeben sei. Die Klage geht ja auch nicht auf Erfüllung, sondern auf Zahlung der auf die Zuwiderhandlung gesetzten Vertragsstrafe. Die Feststellung der Teilbarkeit wird gar nicht benutzt, um die Anwendung der Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung zu ermöglichen, sondern um die Grundlage für eine Herabminderung der an sich verwirkten Vertragsstrafe zu gewinnen. Und gerade in dieser Beziehung hat das Bürgerliche Gesetzbuch besondere, von den Vorschriften über Unmöglichkeit der Leistung abweichende Bestimmungen getroffen.[2]) In dem Falle, den die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts wiedergibt, liegt aber auch tatsächlich gar keine Unmöglichkeit der Erfüllung vor, wie dies später noch erhellen wird.

Es sei das folgende zutreffende Beispiel angeführt: A verpflichtet sich dem B gegenüber, zehn Jahre lang in X nicht Aufenthalt zu nehmen, und erhält als Gegenleistung eine größere Entschädigung ausgezahlt. Nach dem Vertragsschluß

---

[2]) cf. §§ 339 ff.

wird A für zwei Jahre nach X zur militärischen Dienstleistung eingezogen. Hier ist eine Teilbarkeit der Unterlassungspflicht denkbar, und es würde vom Standpunkte des Gesetzes aus eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung vorhanden sein. Dabei muß zugegeben werden, daß die Anwendung der für die Unmöglichkeit der Leistung getroffenen Bestimmungen, etwa des § 323 Abs. 1 und 3, auf diesen Fall zweifellos das Richtige treffen würde.

Man muß jedoch bedenken, daß es ganz vereinzelte Fälle sind, in denen eine Teilbarkeit und teilweise Unmöglichkeit der Unterlassenspflicht zu konstruieren ist und in denen die Vorschriften des Gesetzes hierüber sich als anwendbar und zweckentsprechend erweisen. Ferner ist zu berücksichtigen, daß sich — hiervon abgesehen — selbst bei diesen wenigen Fällen in praxi die Sache noch regelmäßig so gestalten wird, daß die nur teilweise mögliche Unterlassung für den Gläubiger keinen Wert hat, so daß die teilweise Unmöglichkeit in ihren Wirkungen der totalen völlig gleichsteht. Auch Titze[1]) sieht die häufige Anwendung des § 280 Abs. 2 B.G.B. voraus. Wenn das auch die grundsätzliche Teilbarkeit nicht ausschließt, so kann man doch mit großem Rechte fragen, ob die Ausdehnung der Bestimmungen über die teilweise Unmöglichkeit der Leistung auf Unterlassensverbindlichkeiten angesichts der geringen praktischen Bedeutung dieser Ausdehnung und gegenüber wichtigen Gegengründen genügend gerechtfertigt ist.

[1]) a. a. O. S. 50 Anm. 27.

Vierter Abschnitt.

Verzug bei Unterlassensverpflichtungen.

§ 17.

Wenn die Frage gestellt ist, ob die Vorschriften über den Verzug auch auf Unterlassungsverbindlichkeiten anwendbar sind, so ist hierbei natürlich nur an den Verzug des Schuldners gedacht; einen Verzug des Gläubigers — Annahmeverzug — kann es bei Unterlassungspflichten ganz offenbar deshalb überhaupt nicht geben, weil die Annahme von etwas Negativem undenkbar ist.[1])

Schuldnerverzug — Leistungsverzug — ist schuldhafte Verzögerung der fälligen Leistung. Der Begriff des Verzuges fußt auf dem Begriffe der die Fälligkeit der Leistung bestimmenden Erfüllungs- oder Leistungszeit, mag auch im einzelnen Falle noch eine Mahnung des Gläubigers erforderlich sein. Wie nun schon gelegentlich der Erörterungen über die teilweise Unmöglichkeit der Leistung gesagt wurde,[2]) kann man bei Unterlassungsverpflichtungen von einer Erfüllungszeit nicht reden. Die Erfüllungszeit trifft lediglich eine Bestimmung darüber, wann eine Leistung bewirkt werden soll; der eigentliche Inhalt der Leistung selbst wird davon nicht berührt. Daher muß die Leistung, welche zur Erfüllungszeit

---

[1]) s. auch Paasche a. a. O. S. 58.

[2]) vgl. S. 51 der Abhandlung.

nicht bewirkt werden konnte, nur zu einer späteren Zeit, aber sonst ihrem ganzen Inhalte nach noch bewirkbar sein. Der Unterlassensverpflichtung ist die zeitliche Bestimmung so wesentlich, daß sie zum spezifischen Inhalt der Verbindlichkeit gehört, und wird sie nicht eingehalten, so ist der Unterlassungspflicht inhaltlich nicht mehr zu genügen.

Kann man also von einer Erfüllungszeit bei Unterlassungsverbindlichkeiten nicht sprechen, so fällt damit auch die Möglichkeit eines Verzuges fort. Denn Verzug ist Verzögerung der Verpflichtung über die Erfüllungszeit hinaus.

Zu diesem Ergebnis gelangen alle Schriftsteller, die sich mit der Frage befaßt haben, wenngleich die Gründe, wo solche überhaupt angeführt werden, verschiedene sind.

Schollmeyers[1]) Begründung kommt der obigen am nächsten, ist jedoch zu speziell nur für Fälle gegeben, in denen eine Verpflichtung zu einmaligem Unterlassen vorliegt. Ein Vertrag, der eine einmalige Unterlassungspflicht zum Inhalt hat, trägt aber doch zu auffällig den Charakter eines Fixgeschäftes an sich, so daß die Entscheidung der Frage dabei weder schwierig noch erheblich ist.

Titze[2]) stützt seine Begründung lediglich auf die Bezeichnung „Verzug", indem er deren Herkunft und Ableitung untersucht. Der Ausdruck „Verzug" ist aber doch schon so sehr eine technische Bezeichnung geworden, daß man auf seine grammatikalische Seite soviel Gewicht nicht legen darf.

Die Gründe, die Wendt[3]) für die Nichtexistenz des Verzugsbegriffes bei Unterlassenspflichten anführt, treffen augenscheinlich nicht den Kern der Sache. Er sagt:

> „Soll der Schuldner zu einem bestimmten Zeitpunkt eine bestimmte einzelne Handlung unterlassen,

---

[1]) Schollmeyer a. a. O. Bem. 5 zu § 284 B.G.B.

[2]) Titze a. a. O. S. 41.

[3]) Wendt, Unterl. und Vers. S. 69.

so ist weder vorher noch nachher die Möglichkeit gegeben, den Schuldner in Verzug zu setzen. Denn vorher soll er ja nicht leisten und nachher ebensowenig."

Hiermit ist aber doch nichts für Unterlassungsverpflichtungen Besonderes gesagt, das trifft für alle anderen Verbindlichkeiten auch zu.[1])

Man sieht, daß zur Begründung desselben Resultates die allerverschiedensten Versuche gemacht werden und möglich sind. Das ist aber eben nur die notwendige Folge des vom Gesetzbuche inaugurierten Standpunktes, die Vorschriften über die Leistung allgemein auf Unterlassungen auszudehnen, obwohl diese mit dem Begriffe der Leistung nichts zu tun haben. Übrigens trägt das Bürgerliche Gesetzbuch der Tatsache, daß ein Verzug bei Unterlassenspflichten nicht denkbar ist, an einer Stelle selbst Rechnung. Während nämlich bei positiven Leistungen eine Vertragsstrafe verwirkt ist, wenn der Schuldner in Verzug kommt, bestimmt § 339 Satz 2, daß die Verwirkung der Strafe bereits mit der Zuwiderhandlung eintritt, falls die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht.

§ 18.

Ergebnis.

Wenn wir nach Erledigung unserer engeren Aufgabe zu der kritischen Beleuchtung der vom Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannten „Unterlassensleistung" zurückkehren, so dürfen wir sagen, daß die Untersuchungen über die Unmöglichkeit und den Verzug bei Unterlassungsverpflichtungen den von uns vertretenen Standpunkt weiter gefestigt haben.

---

[1]) s. noch Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Abt. 1 S. 19 oben; Treitel a. a. O. S. 63—71; Paasche a. a. O. S. 55.

In Frage kommt bei Unterlassungen nur die eigentliche, die objektive Unmöglichkeit; von dieser sind nur Fälle bloß juristischer, nicht auch logischer Unmöglichkeit denkbar. Dies beruht zunächst darauf, daß auch in Fällen, in denen dem Schuldner eine zur Überwindung der zum Handeln drängenden Momente erforderliche Kraftanstrengung billigerweise nicht zuzumuten ist, trotzdem die Unterlassung möglich bleibt, weil sie keine positiven Erfordernisse voraussetzt. Ferner ist für diese Feststellung maßgebend der Umstand, daß die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Unterlassungspflicht niemals von der Existenz eines Substrats abhängig ist.

Einige Schriftsteller sind der Ansicht, daß die geschehene Zuwiderhandlung eine Unmöglichkeit der Erfüllung begründe.[1]) Wäre diese Voraussetzung richtig, so würde hier allerdings eine logische Unmöglichkeit vorliegen. Die Zuwiderhandlung ist, wenn sie auch eine Vereitelung des Obligationszweckes darstellt, jedoch ebensowenig Grund zur Unmöglichkeit der Erfüllung, wie bei positiven Leistungen die Nichterfüllung, die nicht rechtzeitige oder die nicht gehörige Erfüllung.[2]) Daß dies sicher wenigstens der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches ist, hat Staub[3]) neuerdings überzeugend nachgewiesen.

Die juristische Unmöglichkeit von Unterlassungspflichten ist sowohl als eine ursprüngliche, wie auch als eine nachträg-

---

[1]) So z. B. Schollmeyer a. a. O. S. 96: „Aber dann würde es sich nicht um subjektive, sondern um objektive Unmöglichkeit handeln. Denn nach Begehung der verpönten Handlung kann kein Mensch die konkrete, auf Nichtbegehung gerichtete Obligation erfüllen.

[2]) Aus diesem Grunde liegt in dem früher als Beispiel angezogenen, vom Reichsoberhandelsgericht entschiedenen Falle gar keine Unmöglichkeit der Erfüllung vor; vgl. S. 56 dieser Abhandlung.

[3]) Staub, Festschrift für den 26. deutschen Juristentag S. 34 ff. gegen Lilienthal-Goldmann (Das B.G.B. systematisch dargestellt) 2. Aufl. Bd. 1 S. 333.

lich eintretende konstruierbar. Der Eintritt der Unmöglichkeit geschieht in dem Augenblicke, wo die die Notwendigkeit der Zuwiderhandlung begründenden Momente existent werden.

Auch Fälle teilbarer Unterlassungspflichten sind denkbar, in welchen dann de lege lata teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung vorhanden ist.

Alles in allem folglich sind Begriff und Arten der Unmöglichkeit auch bei Unterlassungen grundsätzlich zu konstruieren; dies ist jedoch nur in einem so geringen Umfange möglich, daß hierin keine Regel, sondern nur Ausnahmen zu erblicken sind. Das Anwendungsgebiet der für die Unmöglichkeit der Erfüllung geltenden Bestimmungen muß daher — zumal in der Praxis — ein äußerst beschränktes sein.

Da sich weiter herausgestellt hat, daß es einen Verzug bei Unterlassungsverpflichtungen nicht gibt, entfällt auch die Anwendbarkeit der hierüber bestehenden Vorschriften.

Unmöglichkeit und Verzug sind aber gerade die wichtigsten, den Begriff der Leistung und Erfüllung feststellenden Rechtsinstitute. Wenn sie auf Unterlassungen nur in so geringfügigem Maße passen, muß, zumal angesichts anderweiter, nicht weniger gewichtiger Bedenken, die Subsumtion der Unterlassung unter den Leistungsbegriff gewiß als unberechtigt gelten.

Die Unterlassung ist das gerade Gegenteil der Leistung, ihr Charakteristikum ist die Zuwiderhandlung. Weshalb will man nicht die Zuwiderhandlung als solche die Rechtsfolgen erzeugen lassen, sondern führt den Grund derselben in unnatürlicher und gekünstelter Weise auf die Außerachtlassung einer angeblich schon durch die Obligation begründeten negativen Leistungspflicht zurück?[1]) Das kann der Grund für die Gleichstellung der Unterlassungen mit den positiven Leistungen nicht gewesen sein, besondere Bestimmungen für

---

[1]) So Staub a. a. O. S. 36.

Unterlassungsverbindlichkeiten überflüssig zu machen. Denn einmal hat sich trotz der geschehenen Gleichstellung tatsächlich häufig die Notwendigkeit ergeben, für die Unterlassenspflichten besondere, von den Vorschriften über Leistungen überhaupt abweichende Bestimmungen zu geben — und dies gerade wegen der geschehenen Gleichstellung. Und dann wäre auch, wenn gar keine besondere Regelung der negativen Obligationen erfolgt sein würde, keine größere und fühlbarere Lücke im Gesetze entstanden, als sie die neuerdings immer mehr in den Vordergrund tretenden, sogenannten positiven Vertragsverletzungen ohnehin haben erkennen lassen. Diese Lücke aber läßt sich durch Bildung analoger Rechtsgrundsätze im Geiste des Gesetzes mit Leichtigkeit ausfüllen, ein Weg, den die Rechtsprechung denn auch mit anerkennenswertem Geschick eingeschlagen und verfolgt hat.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 25. Dezember 1878 zu Lippstadt in Westfalen als Sohn des jetzigen Büreauvorstehers bei der Preußischen Central-Bodenkredit-Aktiengesellschaft Heinrich Pagenkemper zu Berlin und seiner Ehefrau Augusta geb. Greil geboren, katholischer Religion, besuchte ich die Rektoratschule in Lippstadt, die Gymnasien in Berlin und Düren. An letzterem bestand ich am 28. Februar 1899 das Abiturientenexamen. Ich studierte darauf sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar ein Semester an der Universität Würzburg, fünf Semester an der Universität Berlin, und besuchte die Vorlesungen und Übungen folgender Herren Professoren bezw. Privatdozenten:

Bornhak, Brunner, Burchard, Dernburg, Eck, Gierke, Hübler, Kahl, Kipp, Kohler, Lasson, von Liszt, Mayer, Meurer, Oertmann, Pernice, Preuß, Rehme, Reinhold, Schmoller, Schollmeyer, Schwartz, Seckel, von Seeler, Wagner, Weiffenbach, Wolff, Zeumer.

Am 18. Juli 1902 bestand ich am Königlichen Kammergericht in Berlin die erste juristische Staatsprüfung, und am 28. Juli 1902 legte ich vor der juristischen Fakultät der Universität zu Breslau das Examen rigorosum ab. Ich wurde am 4. August 1902 zum Referendar ernannt und dem Königlichen Amtsgericht in Templin (Ukm.) zur Beschäftigung überwiesen.

Zur Zeit bin ich bei dem Königlichen Amtsgericht I in Berlin beschäftigt.